



L'unité économique et sociale

Morgane Cloître

► To cite this version:

Morgane Cloître. L'unité économique et sociale. Droit. Université de Rennes, 2013. Français. NNT : 2013REN1G009 . tel-00918943

HAL Id: tel-00918943

<https://theses.hal.science/tel-00918943>

Submitted on 16 Dec 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE
UNIVERSITÉ DE RENNES I

Sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

Pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES I I

Mention Droit

Ecole doctorale Sciences de l'Homme, des Organisations et de la
société

Présentée par

MORGANE CLOITRE

Préparée à l'unité de recherche EA 3195 – CDA-PR
Centre de Droit des Affaires, du Patrimoine et de la Responsabilité
Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes

**L'UNITE
ECONOMIQUE ET
SOCIALE**

**Thèse soutenue à Rennes
le 21 mars 2013**

devant le jury composé de :

Christophe WILLMANN

Professeur, Université de Rouen / *rapporteur*

Jean-François CESARO

Professeur, Université de Paris II / *rapporteur*

Gilles DEDESSUS LE MOUSTIER

Maître de conférences, HDR, Université de Rennes I

Danielle CORRIGNAN-CARSIN

Professeur, Université de Rennes I / *directeur de thèse*

L'université n'entend donner aucune approbation

Ni improbation aux opinions émises dans les thèses :

Ces opinions sont considérées comme propres à leurs auteurs.

Règles de citation

Abréviations

Les abréviations utilisées au corps du texte comme en note suivent les règles définies par le groupe Droit du Syndicat national de l'édition (version 2004).

Renvois

Les références bibliographiques sont citées in extenso, le nom de l'auteur apparaissant en petites majuscules pour faciliter la recherche d'une référence particulière.

Lorsqu'une même référence est citée plusieurs fois dans un court intervalle, un renvoi est effectué, la précédente citation in extenso se situant dans les 5 pages qui le précèdent.

La terminologie employée pour les renvois est la suivante : obs. préc. pour observations précitées ; note préc. pour note précitée ; art. préc. pour article précité ; th. préc. pour thèse précitée ; op. cit. pour ouvrage précité.

À mon mari, Yann

À nos enfants, Lucille, Ninon, Louis-François, Pol et Owen

Mes remerciements vont à ceux qui m'ont accompagné, aidé et encouragé durant ce travail :

À Madame Le Professeur Danielle Corrignan-Carsin, pour sa confiance et ses conseils, qui m'ont été précieux.

À ma famille, pour l'affection et le soutien inconditionnel de ses membres, qui m'ont porté.

À mes amis, pour leur indéfectible présence et leur patience, qui m'ont permis d'avancer.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

LA NOTION D'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

Titre I – Le périmètre de l'unité économique et sociale

Chapitre 1 – Le regroupement de personnes juridiquement distinctes

Chapitre 2 – Le regroupement de personnes juridiques distinctes du groupe

Titre II – Les critères de l'unité économique et sociale

Chapitre 1 – La recherche de l'unité économique

Chapitre 2 – La recherche de l'unité sociale

SECONDE PARTIE

LA RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

Titre I – Les modes de reconnaissance de l'unité économique et sociale

Chapitre 1 – La reconnaissance conventionnelle

Chapitre 2 – La reconnaissance judiciaire

Titre II – La portée de la reconnaissance de l'unité économique et sociale

Chapitre 1 – La représentation du personnel

Chapitre 2 – L'émancipation relative de l'UES

INTRODUCTION

1. La place conférée à l'UES par le droit positif – Parfois aimée et parfois dénigrée, louée mais à la fois considérée comme étant ô combien agaçante, notion primordiale et quelques fois uniquement secondaire, l'unité économique et sociale ne laisse personne en droit du travail indifférent, si ce n'est peut-être le législateur lui-même. Ce dernier ne confère pas une place importante à l'unité économique et sociale parmi les dispositions législatives. Seuls quelques articles du Code du travail portent sur cette notion. Et, pourtant, le potentiel de l'unité économique et sociale, communément appelée « *UES* », est très bien perçu par la doctrine et par la jurisprudence. Les arrêts de la Cour de cassation sont très nombreux. Ils font l'objet de commentaires détaillés et minutieux de la part de différents auteurs, lesquels s'attardent à percer l'évolution possible de l'UES. Tout au long de ces années, l'unité économique et sociale a fait l'objet de beaucoup de discussions, de notes, de commentaires de la part de la doctrine, en réponse à l'élaboration, au fil du temps, du régime juridique de cette notion par la jurisprudence.

S'il est certain que les auteurs tentent de voir dans quelle mesure l'UES ne peut pas s'appliquer dans d'autres situations que celles prévues par la loi, les intitulés des articles rédigés par les différents auteurs reflètent également la difficulté qu'il y a à donner une place à l'UES en droit du travail. Notion phare du droit du travail, l'UES semble devoir être au cœur des rapports de travail. Les auteurs fondent ainsi de grands espoirs en cette notion, laquelle serait susceptible de pallier les insuffisances de l'entreprise. Notion technique et concrète, l'UES paraît d'un maniement relativement aisé ou, tout du moins, devrait l'être afin d'être applicable dans un grand nombre de situations. Des vœux sont ainsi formulés par d'aucuns pour que l'UES devienne facile à mettre en œuvre par les parties intéressées. Mais, dans le même temps, des doutes sont émis. Les faiblesses de l'UES sont mises en avant, la complexité de cette notion est notée et décortiquée. Le cantonnement des domaines de

compétence de l'UES à son domaine de prédilection semblerait alors la meilleure solution à l'ensemble des incertitudes qui planent autour de cette notion. D'un abord relativement facile, la notion d'UES apparaît d'un maniement difficile.

2. La définition de l'UES – Cette difficulté vient notamment du fait que le législateur ne donne que quelques précisions sur les contours de cette notion. Avec parcimonie, le législateur entend donner une place à l'UES en droit du travail. Mais, il ne semble pas qu'il y ait de véritable ligne directrice fixée par la loi quant au devenir de cette notion. Il revient alors à la jurisprudence de déterminer son régime juridique. Tel était déjà le cas à l'origine. L'unité économique et sociale est en effet une pure création jurisprudentielle. L'unité économique et sociale est apparue dans les années 1970 pour constituer un nouveau cadre spécifique à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Cantonnée à la seule représentation du personnel par la Cour de cassation, l'unité économique et sociale était alors perçue comme une entreprise en droit de la représentation du personnel. Il s'agissait de regrouper plusieurs personnes morales, juridiquement distinctes, pour la mise en place du comité d'entreprise, des délégués du personnel et des délégués syndicaux. Ce regroupement était effectué parce que ces personnes morales formaient en réalité une unité économique et une unité sociale.

Ce n'est qu'ultérieurement, par les lois Auroux de 1982, que le législateur est venu consacrer l'unité économique et sociale. L'actuel article L. 2322-4 du Code du travail constitue à cet égard l'article le plus ancien portant sur l'UES. Il stipule que « *lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* ». Initialement, seule cette disposition portait sur l'UES. Même s'il est vrai que cet article de loi ne rentre pas dans les détails, il donne toutefois une définition de l'UES. Il s'agit du regroupement de cinquante salariés au moins, reconnu par convention ou par décision de justice, entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes. De plus, cet article précise les conséquences engendrées par cette reconnaissance. L'UES entraîne obligatoirement la mise en place d'un comité d'entreprise. Au regard de l'article L. 2322-4 du code du travail, la notion d'UES ne semblait pas avoir vocation à être utilisée dans d'autres domaines du droit du travail.

Mais, la jurisprudence a désenclavé l'UES de son domaine de prédilection de manière progressive. Le législateur a également permis à cette notion d'être utilisée dans d'autres

situations. Pour autant, l'élargissement des domaines d'application de l'UES, dû au législateur, est somme toute relatif aujourd'hui. Se pose alors la question de savoir quelle place doit être donnée à l'UES en droit du travail. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a été amenée à s'interroger sur la portée de la notion d'UES. *A priori*, il semble difficile de pouvoir dire si la jurisprudence a tranché, ou non, en faveur d'une extension du champ d'application de l'UES. Si certains arrêts paraissent étendre l'application de cette notion à d'autres situations que celles expressément prévues par la loi, d'autres arrêts mettent un frein à l'élargissement des domaines d'application de l'UES. Sans pour autant cantonner l'UES aux seules hypothèses prévues par le législateur, la Cour de cassation ne répond pas toujours favorablement à toutes les demandes formulées en la matière. Certains domaines du droit du travail semblent lui échapper.

Il en résulte que l'UES, créée par la jurisprudence pour répondre à un besoin spécifique, à savoir éviter que le morcellement d'une société en sociétés de moindre taille empêche la mise en place d'institutions représentatives du personnel au niveau de cette société alors que les caractéristiques d'une entreprise étaient visibles, a beaucoup évolué depuis les premiers arrêts de la Cour de cassation. L'UES n'est pas restée très longtemps attachée au champ de prédilection qui était le sien. La jurisprudence et la doctrine ont très vite perçu quel pouvait être le potentiel de l'UES au-delà de la seule représentation du personnel. Pour autant, aujourd'hui, l'UES constitue toujours une notion en devenir. La notion en elle-même fait constamment l'objet d'ajustements, plus ou moins importants, de la part de la jurisprudence. Depuis plus de quarante ans maintenant, la Cour de cassation affine les contours de la notion d'UES. Elle en fait de même s'agissant de la reconnaissance de l'UES et des conséquences engendrées par cette reconnaissance. Mais, s'il est certain que les traits distinctifs de l'UES sont relativement bien déterminés par la jurisprudence, la phase de reconnaissance de l'UES fait aujourd'hui l'objet de moult débats au sein de la doctrine. L'UES ne semble pas être parvenue au terme de ses possibilités concernant son potentiel d'action. Il y a toujours une hésitation entre la vision réduite de l'UES, voir l'UES comme une entreprise en droit de la représentation du personnel, et la vision élargie de l'UES, voir l'UES comme une entreprise en droit du travail. Le droit positif apparaît tiraillé entre une vision étroite de l'UES mais relativement confortable au regard de l'abondante jurisprudence s'y référant et une vision très large de l'UES, qui pourrait permettre d'avoir une définition juridique de l'entreprise en droit du travail mais qui est source de difficultés dans sa mise en œuvre. La réponse se situe vraisemblablement au confluent de ces deux pôles. La jurisprudence actuelle est plus prudente

dans le maniement qu'elle fait de la notion d'UES. L'optimisme des débuts a fait place à plus de réserves de la part des juges et des auteurs. Le devenir de l'UES n'est pas encore joué.

3. L'UES et les autres périmètres sociaux – L'une des difficultés pour cerner pleinement cette notion vient notamment du fait que l'UES semble tenir de plusieurs autres périmètres sociaux. Ainsi, qu'il s'agisse de la jurisprudence ou de la doctrine, le parallèle entre l'unité économique et sociale et l'entreprise est régulièrement effectué pour tenter de justifier l'application de l'UES dans telle ou telle situation. L'UES serait ainsi susceptible de constituer l'entreprise en droit du travail. La jurisprudence, dans ses tous premiers arrêts portant sur cette notion, utilisait facilement les termes d'« *entreprise* » pour parler de l'UES. Puis, elle a renoncé à ce terme et a préféré bâtir une notion nouvelle. Pour autant, la jurisprudence continue à se référer à l'entreprise pour étendre les domaines d'application de l'UES. Ceci expliquerait la raison pour laquelle telle règle de droit pourrait s'appliquer dans le cadre d'une UES. Mais, parfois, la jurisprudence évince l'UES de l'applicabilité de telle règle de droit à son égard en énonçant clairement que cette règle s'applique à l'entreprise et non à l'UES. L'UES semble, à certains moments, pouvoir être assimilée à l'entreprise, et, à d'autres moments, ne pas constituer une entreprise. Il s'agit alors de comprendre les raisons pour lesquelles il ne peut pas y avoir de confusion possible entre l'UES et l'entreprise en droit du travail (I).

De la même manière, il est important de noter d'emblée que l'UES ne se confond pas avec les autres périmètres sociaux de l'entreprise. Ainsi, il peut arriver que la question de l'applicabilité de telle règle à l'UES soit posée par référence à la notion de groupe et non par référence à l'entreprise. Une telle question peut se justifier puisqu'un groupe rassemble différentes personnes morales à l'instar d'une UES. De même, lorsqu'une disposition législative s'applique à l'entreprise et au groupe en droit du travail, les auteurs s'interrogent alors sur l'éventuelle possibilité offerte à la notion d'UES d'être mise en œuvre dans une telle situation. Le rapprochement de l'UES avec les différents périmètres sociaux de l'entreprise¹, sans qu'il n'y ait pour autant de confusion entre eux, révèle la difficulté de saisir l'UES face au groupe (II), au co-employeur (III), à l'établissement (IV) et au groupement d'intérêt économique (V). La mise en parallèle de ces différents concepts fait apparaître l'intérêt de lever les hésitations suscitées par le sujet afin de proposer une analyse de l'unité économique et sociale la plus juste possible au regard du droit positif (VI).

¹ A. LYON-CAEN, « Géographie du droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 16 ; F. GAUDU, « Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 20

I – L'UES ET L'ENTREPRISE

4. Les deux théories de l'entreprise – La notion d'entreprise est régulièrement évoquée par les auteurs². Et, pourtant, l'analyse juridique de cette notion apparaît toujours délicate. Notion économique, l'entreprise n'a pas de consistance juridique³. La doctrine s'accorde à dire que l'entreprise est indéfinissable en droit du travail⁴. Ainsi, elle « demeure sur le terrain du droit une notion diffuse qui semble irréductible à une définition unique »⁵, et, ceci malgré le fait que les auteurs ont tenté d'élaborer une théorie de l'entreprise⁶. Deux thèses ont ainsi émergé. La première de ces thèses, la thèse contractuelle⁷ voyait dans l'entreprise la somme des contrats de travail. « Cette conception excluait l'existence de rapports collectifs, liant l'ensemble des salariés, et transformant une somme d'individus en un groupe organisé, le personnel. Aucun lien n'unissait le chef d'entreprise à cette collectivité »⁸. La présence d'un employeur et de salariés liés à lui par un contrat de travail

² C. CHAMPAUD, « Prospective de l'entreprise », in *Connaissance politique, L'entreprise*, D., 1983, p. 8 et s. ; M. DESPAX, « L'entreprise en Droit du Travail », in *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, Tomes XIII, Université de Toulouse, p. 127 ; H. CORVEST, *L'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif*, Sirey, Paris, 1986, p. 29 ; P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 849 ; D. SCHMIDT, « L'entreprise incomprise », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 985 ; J. PAGES, « De l'irréductible et incontournable entreprise », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 79

³ « L'entreprise et la société se situent à des niveaux d'analyse différents. La première est une notion économique, la seconde est sa forme juridique » (G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, Paris, 1978, p. 607). En effet, l'entreprise « se moule dans les structures juridiques préétablies qui lui procurent la capacité juridique qui lui manque » (J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Paris, 1967, p. 102). V. égal. D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 1^{re} éd., 2003, p. 625.

⁴ L'entreprise intéresse également les autres branches du droit (à titre d'exemple, M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, Paris, p. 177 ; G. DRAGO, « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 299). Ainsi, « l'entreprise est au cœur du droit des activités économiques », (J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », D. 2003, p. 2346). V. égal. D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2008, n° 2

⁵ N. CATALA, *L'entreprise, Traité de droit du travail, Tome IV*, Dalloz, Paris, 1980

⁶ L'analyse de la notion d'entreprise s'explique « car nombre de lois ne peuvent pas être appliquées si l'entreprise, qui commande leur mise en œuvre, n'est pas au préalable définie » (B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 9). Or, « aucun de ces textes n'a tiré les conséquences de ces énonciations et n'a précisé dans quelles conditions l'entreprise pouvait, par elle-même, indépendamment de la personne physique ou morale qui l'exploite, agir pour exercer les droits qui lui sont attribués, assumer les responsabilités qui sont mises à sa charge ou se conformer aux interdictions qui lui sont faites » (B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 10).

⁷ Au début du XIX^e siècle (P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail, Tome I*, Dalloz, Paris, 1947)

⁸ P. DURAND, *ibid.*

permettait de conclure à l'existence d'une entreprise, laquelle visait uniquement les relations individuelles de travail⁹.

Une seconde théorie est alors apparue. S'inspirant fortement de la théorie de l'institution imaginée par Maurice Hauriou¹⁰, cette théorie, dite institutionnelle¹¹, entendait mettre en avant la relation étroite pouvant exister entre l'employeur et les salariés. Au-delà du seul rapport contractuel existant, l'entreprise devait être le lieu d'un dessein commun. Les salariés et l'employeur bâtissent ensemble un projet¹². De ce fait, ils sont unis par la recherche d'un seul et même intérêt. Paul Durand affirme ainsi que « *ces éléments humains et ces moyens matériels ne sont pas assemblés de manière fortuite. Ils forment un ensemble organique, parce qu'ils sont réunis en vue d'une fin* »¹³. L'entreprise constitue ainsi une institution eu égard à la présence d'un employeur, de travailleurs salariés et d'un bien commun¹⁴.

Lorsque cette seconde théorie fut présentée en 1947, elle fut saluée par la doctrine laquelle pensait que la notion d'entreprise devenait ainsi une notion juridique et pouvait être définie. Mais, cet élan en faveur de cette nouvelle théorie n'a pas perduré dans le temps. Ainsi, « *loin d'être une institution, l'entreprise n'est en effet que le lieu où les salariés mettent leur force et leur capacité à la disposition d'autrui pour en obtenir des moyens de subsistance ; elle n'est de ce fait qu'un terrain de conflits, un champ clos où s'affrontent des intérêts antagonistes* » note Nicole Catala¹⁵. Les intérêts de l'employeur ne constituent pas nécessairement les intérêts des salariés. Ces intérêts souvent divergents peuvent aboutir à des conflits¹⁶. Pour autant, il serait faux d'affirmer qu'il n'y a pas de projet commun dans une

⁹ « *L'analyse traditionnelle recourait au droit commun : elle se contentait de juxtaposer un certain nombre de contrats, chacun des rapports contractuels gardant son individualité.* », P. DURAND, *op. cit.*, p. 53

¹⁰ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », 4^e cahier de *La Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit)*, 1925, repris dans *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, réimpression, Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1986, p. 89 et s.

¹¹ « *L'entreprise se présente comme une société organisée en vue d'une fin. Elle est une institution* » (P. DURAND, *op. cit.*)

¹² G. FARJAT, « Les "sujets" de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris 1997, p. 317 ; Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, Paris, p. 133 ; J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », D. 1996, p. 291 ; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2007, p. 124

¹³ P. DURAND, *op. cit.*, p. 53

¹⁴ « *Elle est, et doit demeurer, une société d'hommes, destinée à l'épanouissement des personnalités individuelles et au bien commun de tout le groupe social* », P. DURAND, *op. cit.*, p. 53

¹⁵ N. CATALA, *op. cit.*

¹⁶ J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports, études coordonnées par Joseph Jugault*, Economica, Paris, 1987, n° 22 et s.

entreprise en droit du travail. Les auteurs s'accordent à dire que l'entreprise ne constitue pas uniquement la somme de contrats de travail. Les relations collectives de travail sont à prendre en considération pour cerner le périmètre d'une entreprise. La jurisprudence ne nie pas, loin s'en faut, cette réalité. Bien qu'elle n'ait pas consacré cette théorie, elle ne la rejette pas non plus totalement. C'est ainsi que la mise en œuvre de la clause de non-concurrence est subordonnée à la satisfaction de « *l'intérêt de l'entreprise* »¹⁷. Au-delà des seuls intérêts catégoriels, l'entreprise elle-même a un intérêt propre qui ne se confond pas avec les autres intérêts. Il ne s'agit ni de l'intérêt de l'employeur ni des intérêts des salariés. C'est le projet commun à l'employeur et aux salariés qui est défendu spécifiquement par la jurisprudence¹⁸. La Cour de cassation se réfère ainsi implicitement à la théorie institutionnelle. Certaines décisions de l'employeur doivent être respectueuses du dessein collectif qui rassemble l'employeur et les salariés pour ne pas faire l'objet de sanctions de la part du juge.

5. La distinction entre l'UES et l'entreprise – La notion d'entreprise trouve un certain écho dans la jurisprudence mais elle n'est pas utilisée de manière systématique par le droit du travail. Ou, plus exactement, l'entreprise demeure une notion dépourvue de sens juridique. La référence à l'employeur ou aux formes juridiques de l'entreprise, telles que la société, le groupement d'intérêt économique, l'association, permet davantage de cerner les personnes qui sont tenues d'appliquer telle ou telle règle du droit. Face à cet aveu d'impuissance devant une notion ô combien insaisissable, l'élaboration de la notion d'unité économique et sociale est apparue comme salvatrice¹⁹. L'UES constitue une notion juridique. Elle devait alors permettre à l'entreprise de devenir également une notion juridique. Le lien

¹⁷ COURET A., « L'intérêt social », JCP E, 1996, CDE, n° 4 et s. ; BISSARA P., « L'intérêt social », Rev. sociétés 1999, p. 5 ; BERTREL J.-P., « Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », RTD com. 1996, p. 595 ; SCHMIDT D., « De l'intérêt social », JCP E 1995, I, n° 488 ; PIROVANO A., « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, p. 189 ; GOFFEAUX-CALLEBAUT G., « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004, p. 35 ; MARTIN D., « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Ed. Joly, Paris, 2005, p. 359 ; PAILLUSSEAU J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » D. 1999, p. 157 ; LE CANNU P., « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », Bull. Joly Sociétés 1995, p. 637 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Ed. Joly, Paris, 2005, p. 255.

¹⁸ Pour Gérard Lyon-Caen et Antoine Lyon-Caen, « *soutenir que ce qui compte avant tout, ce n'est plus l'intérêt des associés, c'est celui de la société ou de l'entreprise, elle-même considérée de façon distincte et autonome est une prétention généreuse* » (G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 618), puisqu'« *il n'existe aucune instance d'arbitrage interne à l'entreprise, apte à faire prévaloir cet intérêt de l'entreprise en soi, sur les tendances antagonistes* », (G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *op. cit.* p. 620)

¹⁹ Il faut toutefois noter l'utilisation des termes d'« *unité économique et sociale* » visant l'entreprise par Paul Durand dès 1947. Evoquant l'hypothèse de la cession d'entreprise par le chef d'entreprise, Paul Durand déclare que « *malgré la cession, l'unité économique et sociale que constitue l'entreprise, reste identique* » (P. Durand, *op.cit.*, 53-54).

systematique opéré entre l'UES et l'entreprise dès la création de la notion par la jurisprudence pouvait laisser entendre que l'UES est l'entreprise en droit du travail. C'est ainsi une notion définie par la jurisprudence quant à ses éléments constitutifs et quant à sa reconnaissance. En matière de représentation salariale tout du moins, l'UES prend les traits de l'entreprise en droit du travail.

Notion conçue spécialement pour le droit du travail, l'UES est alors perçue comme répondant le mieux à cette recherche incessante de l'entreprise. Mais, aujourd'hui, l'UES a évolué. Elle n'est plus cantonnée uniquement à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Elle permet également l'application d'autres règles du droit. La confusion, qui apparaissait si tentante au début de la construction de la notion, entre l'UES et l'entreprise est évitée. L'entreprise est une notion économique tandis que l'UES est une notion juridique. L'entreprise, vue comme un sujet de droit naissant²⁰, un être en devenir, se distingue de l'UES, vue comme un être déjà né, déjà reconnu. Alors que l'entreprise peut prendre différentes formes sociales, telles qu'une société civile ou commerciale, l'UES constitue nécessairement un regroupement de personnes juridiques.

6. Les liens entre l'UES et l'entreprise – Distinctes l'une de l'autre, ces deux notions sont toutefois liées entre elles. L'UES permet toujours aux institutions représentatives du personnel d'être mises en place à un niveau adéquat. Pour la mise en œuvre de ces règles, l'UES est assimilée à l'entreprise en droit du travail. Un lien indéniable existe entre l'UES et l'entreprise, même s'il a tendance à s'atténuer au fur et à mesure de l'évolution de l'UES. Dans l'étude portant sur l'unité économique et sociale, il ne s'agira pas de démontrer que l'UES constitue ou non l'entreprise en droit du travail, mais bien d'établir un parallèle systématique entre les deux notions en vue de démontrer la spécificité de l'UES par rapport à l'entreprise. À l'origine, l'UES et l'entreprise formaient un tout qui ne semblait pas pouvoir être remis en cause. L'UES était nécessairement une entreprise, même si l'inverse n'était pas toujours vrai. Puis, progressivement, l'UES s'est détachée de l'entreprise pour voler, en quelque sorte, de ses propres ailes. La jurisprudence ne nie pas que l'UES prend racine dans la notion d'entreprise. La référence faite à l'entreprise permettait, dans les premiers temps, de cerner la ligne directrice fixée par la jurisprudence, pour savoir quelles pouvaient être les règles de droit à appliquer à l'UES. Aujourd'hui, la jurisprudence se refuse à établir un lien systématique entre les deux notions. En fonction des questions qui lui sont posées par les

²⁰ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Paris, 1957, n° 351 et s.

pourvois, la Cour de cassation n'assimile pas nécessairement l'UES à l'entreprise. Elle évite ainsi le piège qui pouvait s'ouvrir à elle. Admettre l'application d'une règle de droit à l'UES parce qu'elle constitue l'entreprise pouvait s'avérer dangereux. En effet, dans le cadre d'une UES, les personnes juridiques qui composent l'UES demeurent des personnes juridiques. Appliquer systématiquement toute règle du droit du travail à l'UES aurait alors abouti à passer outre la personnalité morale des membres de l'UES. Il s'en serait suivi un grand chamboulement pour l'ensemble de ces personnes juridiques, puisque certaines décisions n'auraient plus relevé de leur compétence propre. La jurisprudence a fait preuve de prudence en élaborant un régime juridique spécifique à l'UES. Le lien avec l'entreprise demeure mais il s'avère, sur certains points, bien tenu. L'UES peut être considérée comme une forme d'entreprise à certains moments. À d'autres moments, elle se rapproche davantage des autres périmètres sociaux de l'entreprise. Elle forme une sorte d'électron libre qui s'accroche parfois à l'entreprise et en retire certains bénéfices et parfois se rapproche des autres périmètres sociaux de l'entreprise lorsque ses traits distinctifs lui permettent de le faire. Tel est le cas s'agissant du groupe.

II – L'UES ET LE GROUPE

7. L'UES définie par rapport au groupe – Si la jurisprudence établit d'emblée un lien entre l'UES et l'entreprise, elle ne rejette pas, pour autant, de manière ferme et catégorique le fait que l'UES puisse avoir les caractéristiques d'un groupe. Selon la définition juridique de l'UES, celle-ci constitue un regroupement de plusieurs personnes morales pour la mise en place des représentants du personnel à son niveau. Ce rapprochement de personnes juridiques met en exergue la réalité d'un groupe en droit du travail. Il est certain que la doctrine admet également que la notion de groupe ait un certain écho dans l'hypothèse d'une UES. Ainsi, « *l'UES est un groupe dont le régime est plus abouti que celui des groupes de sociétés : l'espace social efface ou dépasse le cadre juridique des firmes qui le composent* »²¹. Bernard Boubli n'opère qu'une assimilation partielle de l'UES et du groupe. Dans le cadre d'une UES, il y a bien plusieurs sociétés réunies ensemble, ce qui permet de les voir comme formant un groupe. Mais, dans le même temps, la personnalité juridique des membres de

²¹ B. BOUBLI, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

l'UES s'efface, ou tout du moins n'est pas prise en considération, en matière de représentation salariale. *A priori*, l'UES est en partie assimilable à un groupe.

8. Définitions du groupe – Mais, pour pouvoir affirmer cela, encore faut-il être en mesure de définir le groupe. Or, c'est une notion très complexe, la doctrine préférant parler de la notion au pluriel qu'au singulier²². Il apparaît difficile de viser le groupe alors qu'il y a en réalité pléthore de définitions. « *Les groupes* »²³ apparaît plus appropriée comme expression. En droit du travail, les textes ne donnent pas de définition unique du groupe mais ils visent le groupe concernant notamment le comité de groupe, les groupes de dimension communautaire pour la mise en place d'un comité d'entreprise européen, la participation et l'intéressement dans les groupes, les accords de groupe et le groupe de reclassement. Pour l'application de chacune de ces règles de droit, le groupe répond à une notion spécifique.

9. L'exemple du groupe de reclassement – Le groupe de reclassement constitue une illustration de la difficulté rencontrée par la jurisprudence à donner une définition claire de la notion de groupe. L'article L. 1233-4 du Code du travail dispose que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque (...) le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ». Cette obligation de reclassement renvoie à la notion de groupe. Au-delà de la seule entreprise du salarié, l'employeur est tenu de tenter de reclasser le salarié dans les autres entreprises qui forment avec sa propre entreprise un groupe. Non défini par le législateur, le groupe de reclassement l'est par la jurisprudence laquelle renvoie au groupe de permutabilité. « *La recherche d'une éventuelle permutabilité des salariés entre les sociétés est le critère-clé* »²⁴. Cette permutabilité peut se faire à l'intérieur d'un groupe sociétaire, parmi toutes les sociétés du groupe ou parmi quelques-unes des sociétés, mais elle peut également se faire hors d'un groupe sociétaire. Il n'y a pas lieu de retenir comme critère la dépendance financière entre les sociétés pour déterminer le périmètre du groupe de reclassement. Ce qui importe c'est que les activités ou l'organisation des entreprises permettent à l'employeur « *d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »²⁵. L'existence d'un même dirigeant et d'activités similaires ou connexes constituent les critères de la permutabilité. Il

²² A. MAZEAUD, « Le groupe », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 60

²³ F. FAVENNEC-HERY, « Le groupe de reclassement », *Dr. soc.* 2012, p. 987. L'auteur affirme, dans ce même article, qu'« *il n'y a pas plus fluctuant, incertain, fonctionnel que le concept de groupe* ».

²⁴ F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

²⁵ Cass. soc. 25 juin 1992, n° 90-41.244, *Bull. civ. V*, n° 420; *Dr. soc.* 1992, p. 826, concl. R. KESSOUS ; *ibid.* 1993. 272, note Q. URBAN.

faut, en outre, que les mouvements de personnels soient antérieurs pour que le groupe puisse constituer un groupe de permutabilité.

Au regard de la notion de groupe de reclassement telle que retenue par la jurisprudence, de fortes similitudes peuvent être relevées entre cette notion et celle d'UES. Le critère de l'unité économique doit permettre de mettre en exergue la concentration des pouvoirs de direction entre les mêmes personnes et l'existence d'activités identiques ou complémentaires. Ainsi, selon les cas d'espèce qui se présentent au juge lors d'une demande en reconnaissance d'une UES, l'existence d'une unité économique ayant le même périmètre que le groupe de reclassement peut être relevée. Les pouvoirs de direction au sens d'unité économique peuvent être le fruit d'une seule personne. Il y a alors un même dirigeant qui vient chapeauter l'UES. De même, les activités de l'UES, étant complémentaires sont nécessairement similaires. S'agissant de l'unité sociale, l'existence d'une communauté de travail peut pareillement être notée en matière de groupe de reclassement puisque ce dernier constitue « *un territoire abritant une petite communauté de travail* »²⁶. De fortes similitudes existent indéniablement entre la notion de groupe de reclassement et celle d'unité économique et sociale. Mais, il ne peut pas y avoir pour autant de confusion entre les deux. La notion d'UES est bien plus restrictive que celle de groupe de reclassement. Ainsi, la notion d'activité qui suppose une simple similitude dans le cas du groupe de reclassement exige une identité ou du moins une complémentarité dans le cas d'une UES, à savoir une imbrication des activités les unes dans les autres. De plus, la reconnaissance d'une UES ne suppose pas nécessairement qu'il y ait permutabilité du personnel des personnes morales appelées à composer l'UES. Si l'UES peut constituer un groupe de reclassement, tel n'est pas toujours le cas.

À travers cet exemple du groupe de reclassement, il peut être noté qu'une UES n'est pas dénuée de tout rapport avec les groupes. Même s'il est certain que tout groupe ne constitue pas une UES en droit du travail, une UES, selon les éléments constitutifs retenus par le juge pour sa reconnaissance, peut être considérée comme un groupe. Il n'y a pas de confusion possible entre ces deux notions, puisque la notion de groupe ne fait pas l'objet d'une définition unique en droit, mais un lien étroit est toutefois entretenu entre les deux notions, l'UES regroupant différentes personnes morales en son sein. L'UES se révèle être une notion spécifique qui peut coïncider avec le groupe en droit du travail. Le lien entre l'UES et le co-employeur apparaît plus ténu, mais présent toutefois.

²⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, art. préc.

III – L’UES ET LE CO-EMPLOYEUR

10. Lien tenu entre l’UES et le co-employeur – *A priori*, les notions d’UES et de co-employeur se distinguent nettement l’une de l’autre. Ni le législateur ni la jurisprudence ne décident que les personnes juridiques qui composent l’UES deviennent automatiquement co-employeurs de la communauté de travail formée au sein de l’UES. L’UES ne se confond pas avec le co-employeur. Mais, la jurisprudence, en ne refusant pas de manière catégorique un rapprochement des notions d’UES et de co-employeur, met en avant le fait que l’UES et le co-employeur constituent deux notions qui peuvent être relativement proches l’une de l’autre sans pour autant se confondre pleinement.

La jurisprudence définit de deux manières différentes la notion de co-emploi. Dans la première hypothèse, le lien de subordination qui unit un salarié et un employeur doit pouvoir se vérifier pareillement auprès d’autres employeurs. Dans cette définition, chaque co-employeur est avant tout employeur du salarié. Dans le cadre d’une UES, les critères de l’UES ne coïncident *a priori* pas nécessairement avec ceux de co-employeur. La reconnaissance d’une UES ne suppose pas qu’un lien de subordination soit établi entre chaque salarié et chaque personne morale appelée à intégrer l’UES. L’unité de direction, élément constitutif de l’unité économique, ne correspond pas à la définition du lien de subordination lequel est caractérisé « *par l’exécution d’un travail sous l’autorité de l’employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »²⁷. De même, la communauté de travailleurs, élément constitutif de l’unité sociale, doit simplement correspondre à une communauté d’intérêts, sans qu’il ne soit fait mention dans la jurisprudence de l’établissement de relations de travail salarié entre les travailleurs de la communauté et chaque membre de l’UES. L’interchangeabilité du personnel, indice favorisant la preuve de l’existence d’une communauté de travail, ne semble constituer qu’un indice parmi d’autres et ne concerne pas nécessairement l’ensemble des salariés. Dans ce premier sens donné à la notion de co-employeur, l’UES ne paraît pas devoir faire l’objet d’une confusion possible avec le co-employeur.

En revanche, dans la seconde hypothèse, il semblerait qu’il puisse y avoir un doute sur une confusion possible des deux notions. La jurisprudence admet ainsi que « *la confusion*

²⁷ Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386

d'intérêts, d'activités et de direction »²⁸ aboutisse à considérer deux employeurs comme formant un seul. La preuve de l'existence de cette triple confusion suffit établir le co-emploi, sans qu'il y ait lieu de démontrer l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur. A l'évocation de cette triple confusion, un parallèle semble pouvoir être fait avec la notion d'UES²⁹. Les critères de l'UES ne visent pas explicitement une « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction* ». Et, pourtant, un arrêt du 22 novembre 2000³⁰ évoque un rapprochement éventuel entre le co-employeur et l'UES. La chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'« *il ne découlait pas de la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale entre les différentes sociétés la preuve que celles-ci étaient co-employeurs des salariés* ». Dans ce cas d'espèce, la Haute juridiction refuse de retenir la qualité de co-employeur aux membres de l'UES. Mais, pour autant, elle ne refuse pas de façon catégorique que les personnes morales incluses dans une UES puissent être co-employeurs des salariés. La preuve n'avait pas été, en l'espèce, suffisante pour établir la réalité du co-emploi. La jurisprudence ne rejette donc pas l'idée selon laquelle il puisse y avoir une UES dont les personnes morales qui la composent sont toutes co-employeurs des salariés. Dans une telle éventualité, ces personnes morales n'auraient pratiquement plus aucune autonomie les unes par rapport aux autres. Or, tel n'est pas le cas d'une UES. La jurisprudence parle d'unité économique et d'unité sociale dans le sens de communauté. Il y a une étroite relation entre les dirigeants des membres de l'UES et entre les personnels salariés de l'UES sans qu'il y ait pour autant de confusion entre eux. L'UES est à un degré moindre que le co-employeur dans le rapprochement qu'il peut y avoir entre les personnes qui composent l'UES. Il n'y a pas *a priori* de confusion possible, même si cette éventualité n'est pas totalement écartée par la jurisprudence, entre l'UES et le co-employeur puisqu'il s'agit, lors d'une demande en reconnaissance d'une UES, de rechercher un cadre approprié pour les institutions représentatives du personnel.

²⁸ Cass. soc. 11 juill. 2000, n° 98-40.146 ; Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, D. 2011, p. 382 ; *ibid.* 2012, p. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Rev. sociétés 2011, p. 154, note A. COURET ; Dr. soc. 2011, p. 372, note G. COUTURIER ; Rev. dr. trav. 2011, p.168, étude F. GEA ; *ibid.* p. 285, Controverse L. DRAI et C. PARES.

²⁹ B. GAURIAU, « Le co-employeur », Dr. soc. 2012, p. 995

³⁰ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 98-42.229

IV – L’UES ET L’ÉTABLISSEMENT

11. L’UES à établissements multiples – L’établissement constitue l’un des périmètres sociaux de l’entreprise par excellence³¹. Une entreprise peut être scindée en deux établissements distincts au moins pour la mise en place des institutions représentatives du personnel lorsque les conditions de reconnaissance de l’établissement distinct sont remplies. Ces critères ne sont pas exactement les mêmes selon qu’il s’agit de mettre en place des délégués du personnel, des délégués syndicaux ou le comité d’entreprise, même s’il est certain aujourd’hui que la jurisprudence tend à rapprocher les notions les unes des autres. Ces différents critères trouvent un certain écho dans les critères de l’UES, mais il n’y a pas de coïncidence parfaite entre les critères. L’UES ne constitue pas un établissement distinct. Au contraire, l’UES peut elle-même être scindée en établissements distincts lorsqu’elle est reconnue³². En effet, « *cette notion permet de découvrir le niveau réel du pouvoir* », mais n’empêche pas les « *travailleurs ... d’exprimer leurs réclamations dans un lieu proche de leur installation et de leur tâche* »³³. L’UES peut ainsi être considérée comme une entreprise à établissements multiples.

V – L’UES ET LE GROUPEMENT D’INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

12. Favoriser l’activité des membres – Le groupement d’intérêt économique, communément appelé « *GIE* » est une notion juridique qui trouve sa source dans les dispositions du Code de commerce. Il est intéressant d’établir un parallèle entre cette notion et l’UES puisque certaines caractéristiques du GIE se retrouvent ou se trouvent proches de celles de l’UES. Les articles L. 251-1 et suivants du Code de commerce précisent les principales caractéristiques du GIE. Il en ressort que le groupement d’intérêt économique rassemble plusieurs personnes physiques ou morales en vue « *de faciliter ou de développer l’activité économique de ses membres, d’améliorer ou d’accroître les résultats de cette activité* »³⁴. Le GIE peut avoir une activité propre, mais celle-ci doit être « *auxiliaire* » par rapport à celle de

³¹ F. GAUDU, « Entreprise et établissement », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 47

³² Cass. soc. 20 juin 2007, n° 06-60.279, JCP S. 2007, 1699, comm. G. BLANC-JOUVAN

³³ Ph. WAQUET, « Avant propos (les lieux du droit du travail) », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 4

³⁴ C. com. art. L. 251-1, al. 2

ses membres. L'objectif principal du GIE consiste à faciliter l'activité propre de chacun de ses membres. Le GIE fait office de « *liant* » entre les personnes qui le composent. Il est au service de ses membres. Un même constat peut être fait à l'égard de l'UES, laquelle doit permettre d'améliorer la représentation salariale de chaque personne morale. Elle facilite la mise en place des institutions représentatives du personnel à un niveau approprié. De plus, à l'instar du GIE, dont la création « *n'entraîne pas, à elle seule, le transfert d'une entité économique ni celui des contrats de travail liant ses membres à leur personnel respectif* »³⁵, l'UES ne remet pas en cause la structure juridique des personnes regroupées dans l'UES. L'UES ne devient pas l'employeur des salariés intégrés à l'UES.

En revanche, le GIE se distingue fortement de l'UES au regard de deux points principaux. D'une part, le GIE est là pour faciliter « *l'activité économique* »³⁶ de ses membres, alors que l'UES est une notion juridique en droit du travail tournée vers la communauté de travail. L'UES doit permettre à la communauté de travail, formée par l'ensemble des personnels salariés, de bénéficier de dispositions législatives dont elle ne bénéficierait pas autant en n'étant pas réunie. D'autre part, le GIE est doté de la personnalité morale³⁷, alors que l'UES ne l'est pas. Le GIE peut ainsi employer du personnel, chose que ne peut faire l'UES. Distincts l'un de l'autre, il est toutefois possible d'établir un parallèle entre les deux. L'UES constitue, dans une certaine mesure, en droit du travail ce que le GIE constitue en droit des sociétés. L'UES permet de donner « *un coup de pouce* » aux relations collectives de travail à l'instar de ce que fait le GIE en matière économique. Qui plus est, l'UES peut intégrer un GIE parmi ses membres. Un lien inéluctable existe entre ces deux notions.

V – L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

13. La complexité de la notion – Il ressort de cette comparaison opérée entre l'UES et l'entreprise et entre l'UES et les autres périmètres sociaux de l'entreprise, que l'UES constitue une notion très spécifique dont les contours ne sont pas figés dans le temps. Ainsi,

³⁵ P. HENRIOT, « Unité économique et sociale, entreprise, employeur : des concepts qu'il convient de bien maîtriser », LPA, 13 nov. 2007, p. 12

³⁶ C. com. art. L. 251-1, al. 2

³⁷ C. com. art. L. 251-4

l'UES peut être considérée comme une entreprise pour l'application de certaines règles du droit. Dans cette hypothèse, les deux notions semblent se confondre. Et, pourtant, toute entreprise ne prend pas les traits d'une UES. Une société peut être considérée comme une entreprise pour l'application des règles du droit du travail et ce, sans faire l'objet d'un rapprochement avec d'autres sociétés en vue de former une UES. À l'inverse, toute disposition législative relative à l'entreprise ne s'applique pas *ipso facto* à l'UES. Différente de l'entreprise, l'UES n'en constitue pas moins une forme d'entreprise. La complexité de la notion apparaît alors en filigrane

Le côté ambivalent de l'UES est renforcé par l'étude des autres périmètres sociaux de l'entreprise. La définition de l'UES ne correspond certes pas aux définitions de ces périmètres. L'UES n'est pas de principe un co-employeur. Mais, dans le même temps, il n'y a pas de séparation nette entre l'UES et ces périmètres. Ses caractéristiques peuvent parfois correspondre à celles des autres périmètres sociaux. L'UES peut ainsi être considérée comme un co-employeur lorsque certaines conditions sont remplies. De même, elle peut constituer un groupe selon les relations établies entre les personnes morales qui forment l'UES. Concernant l'établissement, si, de prime abord, il est possible d'affirmer que l'UES ne peut être assimilée à un établissement, il faut toutefois relever le fait que l'UES peut être scindée en établissements distincts lorsque les éléments constitutifs de l'établissement peuvent être notés suite à la reconnaissance de l'UES. Enfin, s'agissant du groupement d'intérêt économique, celui-ci se distingue de l'UES mais peut intégrer une UES. Il y a dès lors un rapport étroit entre l'UES et les autres périmètres sociaux de l'entreprise.

14. Périmètre social atypique – L'UES s'apparente à un périmètre social atypique, qui prend sa source dans l'entreprise en droit du travail mais qui prend également appui sur les autres périmètres sociaux. Il n'est pas possible de déterminer avec précision les contours de la notion. C'est une notion fluctuante, ce qui s'explique par le fait que chaque UES est différente de toute autre UES. Les traits distinctifs d'une UES sont, dans une large mesure, identiques d'une UES à une autre. Mais, il est admis qu'il puisse y avoir des distinctions selon les UES qui sont reconnues. De même, une fois l'UES reconnue, il n'y a pas nécessairement les mêmes conséquences attachées à chaque UES.

Atypique, l'UES n'en est pas moins importante aujourd'hui. Tel n'était pas le cas lors de la construction de la notion par la jurisprudence. Les auteurs entendaient mettre en valeur la particularité qui était alors attachée à l'UES. L'UES devait pouvoir répondre à un certain

nombre de cas d'espèce et devait pouvoir s'appliquer lorsque cela permettait une meilleure représentation salariale. La notion n'était alors pas systématiquement utilisée malgré la présence des différents critères. Il fallait qu'il y ait un « *plus* » pour les salariés par cette reconnaissance. Aujourd'hui, la jurisprudence ne retient plus cette particularité. La notion d'UES s'affirme davantage parmi les périmètres sociaux de l'entreprise. Lorsque les éléments constitutifs de l'UES peuvent être vérifiés, il y a lieu de reconnaître une UES. L'UES ne s'évince plus nécessairement et aussi facilement qu'au début face aux autres périmètres sociaux de l'entreprise.

L'UES tient aujourd'hui une place importante en droit du travail. Ceci est indéniable. De nombreux pourvois sont portés devant la Cour de cassation, laquelle façonne progressivement cette notion. L'élargissement du champ d'application de l'UES tend à faire de l'UES une notion incontournable du droit du travail. Mais, dans le même temps, des hésitations, des refus d'appliquer telle règle du droit à l'UES sont formulés par les juges. La doctrine, si enthousiaste dans les années 1990, début des années 2000, évoque aujourd'hui avec davantage de prudence l'avenir de l'UES qui paraissait jusqu'à lors « *tout tracé* ». La volonté d'un certain retour en arrière est même perceptible chez certains auteurs. Recentrer la notion autour de la représentation du personnel serait souhaitable. Ou, à tout le moins, ne pas permettre l'application de l'ensemble des règles du droit du travail à l'UES semble actuellement plus raisonnable pour la doctrine dans sa majorité.

15. Notion inaboutie – Il est intéressant d'analyser les raisons de ce changement de point-de-vue à propos de l'UES. Au départ adulée et évocatrice d'espoirs pour permettre à la notion d'entreprise d'avoir une définition juridique, l'UES ne paraît plus aujourd'hui faire l'objet d'autant d'enthousiasme. Cette notion ne semble pas encore être pleinement aboutie. Selon les solutions rendues dans les années futures par la Cour de cassation, la notion d'UES pourrait à nouveau faire l'objet de davantage d'attentions, même s'il ne faut négliger la part importante de la doctrine qui analyse toujours les arrêts de la Cour de cassation rendus en matière d'UES. L'UES se trouve bien à la croisée des chemins. Soit elle continue dans la ligne fixée jusqu'à présent par la Haute juridiction, soit elle bifurque dans une nouvelle direction. Dans le premier cas, il n'est pas certain qu'il y ait beaucoup d'évolutions tangibles dans le futur par rapport au droit positif. Dans le second cas, si des revirements de jurisprudence s'opèrent ou si le législateur prend davantage en considération l'UES, un nouveau regain d'intérêt pourrait avoir lieu à l'égard de l'UES.

16. Place donnée à l'UES – Appelée à s'appliquer à un grand nombre de situations, l'UES devait s'avérer à l'origine d'un maniement relativement souple. Les traits distinctifs de l'entreprise en droit de la représentation salariale devaient être facilement « *repérables* ». Or, la complexité du monde des entreprises et des groupes sociaux a inévitablement complexifié la notion d'UES³⁸. De même, l'UES a été créée pour mettre en place les institutions représentatives du personnel à un niveau plus adéquat que ne l'était une simple société. Elle n'avait pas vocation à s'appliquer dans d'autres situations. Et, pourtant, aujourd'hui, l'élargissement des domaines de compétence de l'UES ne fait plus de doute. Mais, affirmer pour autant que l'UES constitue l'entreprise en droit du travail paraît quelque peu ambitieux. Ou, plus exactement, dire que l'UES pourrait se voir appliquer l'ensemble des règles du droit du travail n'apparaît pas raisonnable.

Enigmatique, l'UES pose question. Appelée à être souple, elle s'avère en fin de compte complexe ; créée pour les institutions représentatives du personnel, elle s'applique à d'autres domaines du droit travail ; pas uniquement entreprise en droit de la représentation salariale mais pas non plus entreprise en droit du travail, l'UES constitue une notion propre en droit du travail qui n'a pas encore fini sa croissance. Elle n'est pas arrivée à maturité, bien que la notion ait été créée voici quarante ans déjà. Elle est susceptible d'évoluer dans le temps.

Il s'agit alors de savoir quelle place doit être conférée à l'UES en droit du travail. Faut-il lui donner une place importante, voire primordiale, en faisant d'elle un périmètre social encore plus répandu qu'il ne l'est aujourd'hui ? Faut-il pour cela élargir ses domaines de compétence, au risque d'évincer pleinement la personnalité juridique des membres de l'UES ? Ou, au contraire, ne faudrait-il pas mieux préserver le lien qu'il y a entre l'UES et les institutions représentatives du personnel afin de ne pas perturber l'équilibre juridique qu'il y a entre les personnes juridiques ? Ces multiples questions renvoient en fait à la même question. Comment faut-il considérer l'UES en droit du travail, comme une entreprise en droit de la représentation salariale ou comme une entreprise en droit du travail ? L'absence de réponse tangible de la jurisprudence et le désaccord des auteurs sur ce point révèlent à tout le moins combien l'UES est source de tensions multiples et qu'elle n'est pas la belle endormie du fait de son ancienneté relative.

³⁸ « *Les relations économiques et financières entre les entreprises s'intensifient constamment. Elles deviennent plus complexes, plus internationales. Les entreprises s'organisent en réseaux de nature très variée* », J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », D. 2003, p. 260.

17. Triple constat – Pour pouvoir se projeter dans l’avenir et émettre une opinion sur le devenir de l’UES, encore faut-il pouvoir faire un état des lieux le plus complet possible de ce périmètre social. La complexité de la notion appelle à faire un examen du droit positif. À travers cet examen, il sera alors possible, en filigrane, de voir quelle place doit être donnée à l’avenir à l’UES. Ce travail de recherche prendra essentiellement appui sur l’étude de la jurisprudence. Celle-ci est très abondante, ce qui permettra de cerner au plus juste les contours de l’UES. Et, surtout, l’UES est une pure création jurisprudentielle. La Haute juridiction a imaginé cette notion en ayant une ligne directrice précise. Cette ligne ayant été quelque peu modifiée au fil du temps, il apparaît intéressant d’essayer de cerner quelle pourrait être la nouvelle ligne directrice fixée par ses soins. De plus, analyser la jurisprudence à ses débuts et dans des arrêts plus récents permettra de voir sur quels points elle a maintenu sa ligne directrice initiale et sur quels points une évolution s’est produite.

18. Notion et reconnaissance – La Cour de cassation modèle l’UES au gré des questions qui lui sont posées par les pourvois. Ces questions portent sur deux points, sur la notion elle-même et sur la reconnaissance de l’UES. L’ambition de notre travail a ainsi été, sinon de dissiper toute hésitation, du moins de tenter un éclaircissement des différentes zones d’ombre dans lesquelles se cache l’unité économique et sociale. Préalable nécessaire, l’étude de la notion (**Première partie**) permettra d’aborder l’étude de la reconnaissance de l’UES (**Seconde partie**).

Première partie – La notion d’unité économique et sociale

Seconde partie – La reconnaissance de l’unité économique et sociale

Première partie

LA NOTION D'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

19. Double opération d'identification – Pour comprendre le sens donné à la notion d'unité économique et sociale, il faut regarder deux choses. Il faut non seulement que l'unité économique et sociale existe dans un périmètre donné, puisque seules les personnes juridiques peuvent faire partie d'une unité économique et sociale, mais aussi que les critères de l'unité économique et de l'unité sociale soient remplis. La vérification de la qualité des personnes habilitées à être membres à part entière de l'unité économique et sociale doit être faite en premier lieu. La jurisprudence refuse de reconnaître une unité économique et sociale entre des personnes qui ne sont pas toutes revêtues de la personnalité morale³⁹. Et, elle refuse qu'un examen des critères soit opéré en l'absence de personnes juridiquement distinctes⁴⁰. En revanche, une fois le périmètre est fixé, une vérification des critères peut être réalisée. Dans nos développements, nous emprunterons ces deux voies en voyant, d'une part, le périmètre de l'unité économique et sociale (**Titre I**) et, d'autre part, les critères de l'unité économique et sociale (**Titre 2**).

³⁹ Cass. soc. 13 janv. 1999, Bull. civ. V n° 20 ; RJS 1999, n° 230 ; Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-60.048 ; Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-60.535 ; Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, *Vivendi*.

⁴⁰ Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, préc. Dans cet arrêt, le tribunal d'instance entendait admettre la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre des sociétés et des établissements. Pour le tribunal, « *force est d'admettre au vu des éléments produits que toutes les sociétés demanderesse et les établissements visés en demande de la société Vivendi exercent des activités complémentaires ou identiques* ». Le tribunal fait ici valoir un des critères de l'unité économique pour reconnaître une unité économique et sociale alors que l'examen du périmètre n'est pas satisfait au regard de la loi et de la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation sanctionne le tribunal d'instance en énonçant qu'« *il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels* ».

Titre I

LE PÉRIMÈTRE

DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

20. L'identification des entités parties prenantes – Identifier « *les entités parties prenantes à ce regroupement propre au droit du travail* »⁴¹ est nécessaire, avant même la vérification des critères de l'unité économique et sociale. La Cour de cassation, lors de l'élaboration de la notion, confortée par le législateur du 28 octobre 1982, a entendu n'admettre que les personnes morales comme parties prenantes à une unité économique et sociale. Fixer le périmètre de l'UES revient alors à déterminer le « *nombre et l'identité des personnes morales susceptibles d'en faire partie* »⁴². Aucune limite n'a jamais été fixée par la jurisprudence quant au nombre de structures pouvant être comprises dans une UES. Mais, sachant qu'il faut à la fois une unité économique et une unité sociale pour qu'une UES soit reconnue, le nombre de personnes morales parties prenantes à une UES est susceptible d'être relativement limité. Quant à l'identité des personnes morales composant l'UES, la loi⁴³, en précisant que ce sont des « *entreprises juridiquement distinctes* » qui sont regroupées dans une UES, et la jurisprudence, qui après moult hésitation, a substitué au terme d'« *entreprises* » celui de « *personnes* », décident que l'UES est le regroupement de personnes juridiquement distinctes (**Chapitre 1**).

⁴¹ B. SAINTOURENS, note ss Cass. soc. 7 mai 2002, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1044

⁴² M. COHEN, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », RJS 2001, p. 183

⁴³ L'ancien article L. 431-1 du Code du travail, aujourd'hui recodifié sous l'article L. 2322-4 du Code du travail, dispose que « *lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* ».

21. La distinction avec le groupe – Identifier les personnes juridiques susceptibles de faire partie de l'UES est une étape préalable à la vérification des critères. Mais, encore faut-il que ces personnes juridiques qui sont susceptibles de constituer une UES ne forment pas déjà un groupe, au sens de comité de groupe. Il y a une incompatibilité des deux notions, l'unité économique et sociale au sens d'institutions représentatives du personnel et le groupe, au sens du comité de groupe. La présence préalable d'un groupe empêche la reconnaissance d'une unité économique et sociale à un même niveau que le groupe. Pour que des personnes juridiques forment une UES, à savoir une même entreprise, il faut que le regroupement de ces personnes ne constitue pas déjà un groupe, au sens de comité de groupe (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

LE REGROUPEMENT

DE PERSONNES JURIDIQUEMENT DISTINCTES

22. Le contexte – Le périmètre de l'unité économique et sociale semble aujourd'hui clairement fixé, que ce soit par le législateur ou par la jurisprudence. Seules les personnes juridiquement distinctes peuvent faire partie d'une UES. Cette solution n'est pas récente. Elle vaut depuis les prémices de construction de la notion d'UES par la jurisprudence, dans les années 1960. Le contexte dans lequel s'est créée la notion explique une telle solution. Les employeurs se sont servis de la distinction opérée entre les personnes juridiques pour échapper à la représentation du personnel⁴⁴. Selon eux, le droit du travail ne devait s'appliquer qu'au niveau de chaque personne juridiquement distincte. L'écran juridique des personnes morales devait ainsi permettre aux employeurs de limiter l'application du droit du travail à chaque personne juridique. Face au détournement opéré par les employeurs de la notion de personne morale, les juges ont élaboré la notion d'unité économique et sociale⁴⁵. Ils ont décidé du regroupement des diverses personnes juridiquement distinctes en une seule entreprise dans le cadre du droit du travail. Dès les premiers arrêts rendus en la matière, c'est bien l'utilisation de la notion de personne morale qui empêche l'effectivité du droit du travail, et c'est bien le regroupement de ces personnes morales qui est envisagé pour rendre effectif le droit du travail. La notion d'UES s'est ainsi construite à partir de la notion de personnes juridiquement distincte et de son utilisation (**Section 1**).

23. La personnalité morale – Aujourd'hui encore, les parties prenantes à l'UES sont nécessairement revêtues de la personnalité morale. Il n'y a pas eu de revirement de jurisprudence sur ce point. Il n'y a pas eu non plus de refonte de la loi à ce propos. De rares arrêts ont certes jeté le trouble sur la prépondérance du paramètre juridique, mais ils sont restés isolés.

N'inclure que les personnes morales dans le périmètre d'une UES s'explique et se justifie par la notion de personne morale. Il est aisé de déterminer quelles sont les personnes

⁴⁴ J. LE GOFF, *Droit du travail et société 2. Les relations collectives de travail*, PUR, Rennes, 2002

⁴⁵ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 2007, n° 130 ; F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Gualino éditeur, 2^e éd., 2006

morales. Et, s'il est certain que la reconnaissance de l'unité économique et sociale implique notamment des changements de représentation du personnel, les personnes morales gardent leur qualité de personnes morales. Les règles de fonctionnement de la personne morale ne changent pas fondamentalement une fois la reconnaissance de l'UES intervenue. *A fortiori*, chaque personne morale, par son organisation propre, permet à l'UES de fonctionner de manière effective. Une unité économique et sociale regroupe des personnes juridiquement distinctes pour pouvoir être mise en œuvre facilement (**Section 2**).

Section 1

Le contexte de la notion

24. L'évolution – La notion d'unité économique et sociale a fait l'objet d'une élaboration progressive par les juges⁴⁶. Dans un premier temps, il s'agissait pour eux d'apporter une réponse permettant au droit du travail de s'appliquer dans un contexte qui entendait l'exclure. Face à des situations de fraude mises en place par les employeurs afin d'échapper à la représentation du personnel, la Haute Juridiction a élaboré la notion d'unité économique et sociale. Pour les juges, les personnes peuvent être considérées comme juridiquement distinctes au regard du droit des sociétés, tout en étant perçues comme formant une entreprise au regard du droit du travail (§1). Mais, la Cour de cassation n'a pas souhaité restreindre la notion d'UES aux seules hypothèses de fraude. Dans un second temps, cette recherche de l'UES s'est en effet faite en dehors de la « *fraude par division juridique* »⁴⁷. L'UES permet le regroupement de personnes qui sont juridiquement distinctes, non pas pour échapper au droit du travail, mais pour des raisons tenant notamment au droit des sociétés ou au droit fiscal. L'absence de fraude des employeurs n'empêche pas la notion d'UES d'être utilisée (§2).

⁴⁶ « *La démarche de la Chambre sociale a d'ailleurs été prudente et progressive* » (R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, p. 6). En attestent les refus de retenir la notion d'unité économique et sociale dans un arrêt du 11 décembre 1968 (Cass. soc. 11 déc. 1968, Dr. soc. 1969, p. 172, obs. J. SAVATIER) et dans un arrêt du 4 février 1970 (Cass. soc. 4 févr. 1970, Bull. civ. n° 85).

⁴⁷ A. CŒURET, « Rapport », RJS 2000, p. 533

§ 1 – LA FRAUDE DES EMPLOYEURS

25. La réponse appropriée de la Cour de cassation – Avant que n'apparaissent les termes d'« *unité économique et sociale* » dans les arrêts de la Cour de cassation⁴⁸, c'est à propos des relations individuelles de travail que l'idée de passer outre les découpages juridiques opérés par les employeurs voit le jour dans la jurisprudence⁴⁹. Mais, c'est surtout en matière de fraude à la représentation du personnel que la notion s'est progressivement construite dans les années 1970. Les employeurs ont ainsi utilisé deux techniques différentes pour échapper à la mise en place des institutions représentatives du personnel **(A)**. Cette fraude à la loi n'a pas fait l'objet de beaucoup d'arrêts de la part de la Cour de cassation. Mais, la présence de peu d'arrêts en la matière révèle à tout le moins que la réponse apportée par la Cour de cassation était appropriée. La création de la notion d'unité économique et sociale a vraisemblablement permis la fin de cette fraude à la loi **(B)**.

A – LES TYPES DE FRAUDES

26. Entrave au comité d'entreprise – C'est essentiellement pour empêcher la mise en place du comité d'entreprise que les employeurs ont imaginé des techniques de fraude. Institué par l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 mai 1946, le comité d'entreprise est obligatoire « *dans les entreprises employant 50 salariés et plus* »⁵⁰. Cette institution représentative du personnel détient des attributions d'ordre économique⁵¹ et des attributions

⁴⁸ C'est à partir de 1977 que les termes d'« *unité économique et sociale* » vont être retenus de façon systématique par la jurisprudence. L'arrêt du 5 juillet 1977 (Cass. soc. 5 juill. 1977, n° 77-60.493, Bull.civ. V, n° 458) exige de façon claire la vérification du critère de l'unité économique et celui de l'unité sociale pour pouvoir admettre la notion d'UES. Les termes d'« *unité économique et sociale* » prennent alors tout leur sens à partir de ce moment-là et seront retenus de plus en plus régulièrement par la Cour de cassation. Auparavant, différents termes étaient employés par la Cour de cassation. Deux arrêts du 19 décembre 1972 parlent d'« *un ensemble économique unique* » pour l'un, l'arrêt Cilia (Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.088, Bull. civ. V, n° 710) et d'« *un ensemble économique et social* » pour l'autre, l'arrêt Akzo-Pharma (Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.063, Bull. civ. V, n° 711) ; l'arrêt n° 72-60.094 du 14 février 1973 parle d'« *unité économique* », formant « *une seule entreprise au point de vue du droit du travail* ».

⁴⁹ M. DESPAX, « Groupes de sociétés et contrat de travail », Dr. soc. 1961, p. 597 ; Cass. soc. 22 mai 1964, Bull. civ. n° 425. Dans cet arrêt, les sociétés du groupe deviennent codébitrices des salaires et des indemnités de rupture au regard de « *la confusion de fait qui a existé vis-à-vis de la demoiselle y... entre les sociétés S.M.T.S. et U.N.F.C.* ». Dans le même sens, Cass. soc. 1^{er} juill. 1965, Bull. civ. n° 530. Le directeur commercial d'une société peut se prévaloir de l'ancienneté acquise chez son premier employeur pour le calcul de son indemnité de licenciement dès lors que ses deux employeurs successifs constituaient, « *tout en conservant leur personnalité, une communauté d'intérêts leur permettant d'effectuer comme en l'espèce des mutations de personnel ne pouvant préjudicier aux droits que les intéressés avaient à l'encontre de chacune de ces entreprises* ».

⁵⁰ C. trav. art. L. 2322-1 (anc. art. L. 431-1, al. 1^{er} fin)

⁵¹ C. trav. art. L. 2323-1. (anc. art. L. 431-4)

d'ordre social⁵². Par ces attributions, le comité d'entreprise devient un interlocuteur incontournable de l'employeur. Ce dernier est ainsi tenu de présenter aux membres du comité d'entreprise les informations, notamment chiffrées, qui sont relatives « *à la gestion, à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »⁵³. Face à ces obligations d'information et de consultation auxquelles est tenu un employeur qui emploie au minimum 50 salariés, certains employeurs ont tenté de frauder. Le seuil de 50 salariés par entreprise devant être atteint pour que naisse l'obligation d'instituer un comité d'entreprise, certains employeurs avaient fait en sorte d'avoir moins de 50 salariés par personne morale.

Les employeurs avaient imaginé deux techniques pour échapper à la représentation du personnel. La première consistait à créer une nouvelle société et à répartir les salariés de la première société entre les sociétés existantes pour être en-dessous du seuil de 50 salariés (1). La seconde consistait à diviser la société existante en plusieurs sociétés et de procéder à la même répartition des salariés (2).

1 – La constitution de sociétés

27. Licéité et illicéité de l'acte de constitution – La constitution de plusieurs sociétés par un chef d'entreprise est en soi licite. Une seule et même personne peut créer des sociétés et, en sa qualité de chef d'entreprise, être amenée à diriger les salariés de plusieurs personnes morales. Dans une telle hypothèse, lorsque la première société demeure et que une ou plusieurs autres sociétés sont créées par les mêmes personnes, la question du devenir des salariés de la première société peut se poser. Soit les salariés restent dans la première société, et de nouveaux salariés sont embauchés dans les autres sociétés, auquel cas il n'y a pas de fraude à la loi, soit les salariés de la première société sont répartis entre l'ensemble des sociétés. Dans ce cas, il est possible que la constitution de sociétés soit considérée comme illicite si la répartition des salariés aboutit à un seuil inférieur à 50 salariés au niveau de chaque société⁵⁴. Plus exactement, la constitution de sociétés est considérée comme illicite à partir du moment où elle est réalisée pour échapper à « *la protection instituée par la loi au*

⁵² C. trav. art. L. 2323-83 (anc. art. L. 432-8, al. 1^{er} et 2)

⁵³ C. trav. art. L. 2323-1

⁵⁴ Le seuil de 50 salariés est fixé pour l'institution du comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2322-1) et la désignation des délégués syndicaux (C. trav. art. L. 2143-3). Pour la mise en place des délégués du personnel, le seuil d'au moins 11 salariés doit être atteint (C. trav. art. L. 2312-1).

profit des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise »⁵⁵. Une société ne doit pas être créée à seule fin d'éviter l'application des règles du droit de la représentation du personnel. Si tel est le cas, le délit d'entrave est constitué.

28. Illustration – Le premier arrêt important en la matière est rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 23 avril 1970⁵⁶. En l'espèce, la Société Sutram est chargée des activités industrielles de la Société Etablissement Herriau et Compagnie. Une nouvelle société, la société Coframo, est par la suite créée et « *la presque totalité des ouvriers de l'entreprise, à l'exception notamment de Hellinck et Delattre, délégués du personnel et membres du comité d'entreprise, qui sont demeurés nominalement affectés à la Société Sutram* » est transférée à cette nouvelle société. Les dirigeants de ces sociétés, les frères Herriau, sont poursuivis « *sous la double prévention d'entraves à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise* ». La Cour de cassation, sans viser expressément la notion d'unité économique et sociale, admet que les Sociétés Etablissement Herriau et Compagnie, Sutram et Coframo ont « *une existence juridique propre* ». Mais, l'arrêt d'appel n'a « *pas démontré que ces personnes morales aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes* ». La cour d'appel se devait de rechercher si la création de la dernière des sociétés « *n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi* ». Au regard des faits, il apparaît en effet que le transfert des salariés de la société Sutram à la société Coframo n'avait entraîné « *aucune modification dans la répartition du travail* », le travail continuait à s'effectuer « *dans les mêmes locaux* », « *sur le même matériel, et selon les directives de la même maîtrise* ». Pour la Cour de cassation, l'ensemble de ces éléments permet de dire qu'il s'agit vraisemblablement d'une seule et même entreprise, recherche que devra effectuer la cour d'appel de renvoi.

29. Distinction entre entreprise et personne morale – Dans cet arrêt, la Cour de cassation met clairement en évidence la technique utilisée par l'employeur pour ne pas être assujéti aux règles de la représentation du personnel. Ce dernier a réorganisé son entreprise en essayant, pour ce faire, de tirer parti de la notion de personne morale. Il a tenté de faire assimiler les notions de personne morale et d'entreprise. Dès lors qu'une société a une existence juridique propre, les règles du droit du travail s'appliquent à cette personne morale. Le périmètre de la personne morale correspond à celui de l'entreprise en droit du travail. La

⁵⁵ Note ss Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444

⁵⁶ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333, Bull. crim. n° 144, p. 335 ; D. 1970, p. 444 ; JCP 1972, II, 17046, GAD trav. 2004, p. 476

personne morale et l'entreprise ont ainsi les mêmes contours. La constitution d'une nouvelle société, en l'espèce la société Coframo, ne signifie pas pour autant que la même entreprise est poursuivie. L'employeur considère que les différentes personnes morales constituent des personnes distinctes et autonomes, et qu'à ce titre le droit du travail s'applique de façon spécifique à chacune d'entre elles. Un tel raisonnement est clairement sanctionné par la Cour de cassation. La Haute Juridiction précise ainsi qu'« *en jouant sur des apparences juridiques pour diviser artificiellement le corps électoral et pour évincer les candidats considérés comme gênants les Sieurs X... avaient volontairement faussé les élections des délégués du personnel et des représentants des membres du comité d'entreprise* »⁵⁷. Admettre la technique utilisée par l'employeur en l'espèce aurait mis en danger l'effectivité du droit du travail, et en particulier le droit de la représentation du personnel.

Afin d'échapper à la représentation du personnel, une autre pratique a été mise en évidence par la chambre sociale de la Cour de cassation cette fois-ci, et non pas par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il s'agit de la fraude par division juridique.

2 – La division juridique

30. Illustration – Dans le cas de la fraude par division juridique, l'employeur d'une société comportant de nombreux salariés décide de diviser cette société en plusieurs sociétés avec pour chacune d'elles un nombre de salariés suffisamment bas pour échapper aux seuils fatidiques de la représentation du personnel. S'il apparaît difficile de se soustraire au seuil de 11 salariés⁵⁸, en revanche, tel n'est pas le cas du seuil de 50 salariés⁵⁹. La volonté des employeurs d'échapper à l'organisation des élections des membres élus du comité d'entreprise est un exemple caractéristique de cette fraude. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juin 1972⁶⁰ illustre parfaitement cette pratique de la fraude par division juridique. En l'espèce, Monsieur X, à la tête d'une imprimerie, avait créé deux sociétés « *Imprimerie X...* » et « *Etablissements lithographiques Barbat* » et « *avait réparti fictivement le personnel de manière à laisser à chacune d'elles un effectif inférieur à*

⁵⁷ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333, préc.

⁵⁸ Pour les délégués du personnel, l'article L. 2312-1 du Code du travail décide que « *le personnel élit des délégués dans tous les établissements de onze salariés et plus* ».

⁵⁹ L'article L. 2322-1 du Code du travail précise qu'« *un comité d'entreprise est constitué dans toutes les entreprises employant cinquante salariés et plus* ». Ce seuil vaut pareillement pour la désignation d'un ou plusieurs délégués syndicaux par le syndicat représentatif auprès de l'employeur, sur le fondement de l'article L. 2143-3 du Code du travail.

⁶⁰ Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, Bull. civ. V, n° 418 ; JCP 1973, II, n° 17316

50 salariés ». L'employeur avait ainsi éludé les prescriptions de l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée obligeant à la mise en place d'un comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, alors que les sociétés « *n'avaient qu'une autonomie apparente et constituaient en fait une unité économique et sociale* ». La Cour de cassation relève ainsi que les deux sociétés « *exerçaient la même activité sous une autorité unique, dans les mêmes locaux et avec le même matériel* ». La Cour de cassation conclut en précisant qu'« *il s'agissait, pour l'application de ce texte, d'une seule entreprise qu'il y avait lieu de pourvoir d'un comité d'entreprise* ».

31. Découpage juridique fictif – À l'instar de l'arrêt du 23 avril 1970⁶¹ relatif à la fraude par constitution de société, l'arrêt du 8 juin 1972 montre que l'employeur entendait se servir de l'écran juridique que constitue une société pour ne pas appliquer les règles relatives à la représentation du personnel. L'employeur avait opéré un découpage juridique d'une société en deux autres sociétés pour parvenir à une communauté de travailleurs de moins de 50 salariés dans chacune des sociétés. Si le raisonnement de l'employeur n'avait pas été sanctionné par le juge, il n'y aurait pas eu de comité d'entreprise au niveau de chacune des sociétés alors même qu'il existait une communauté de travailleurs de plus de 50 salariés. C'est de manière fictive que l'employeur avait scindé sa société en deux, et par là même, scindé sa communauté de travailleurs en deux, pensant qu'il ne serait plus assujéti aux règles de la représentation du personnel suite à la création de deux personnes morales. La Cour de cassation indique très clairement que les conditions de travail des salariés n'ont pas été modifiées après la division juridique opérée par l'employeur. La communauté de travailleurs était caractérisée, avant la division juridique, par l'exercice d'une activité unique sous une même autorité, dans un lieu unique et avec un matériel unique. Aucun de ces éléments n'a été modifié suite à la division juridique réalisée par l'employeur. L'existence d'une seule et même communauté de travailleurs au-delà de l'existence de deux sociétés ne fait pas de doute pour la Cour de cassation et révèle à tout le moins un cas de fraude de la part de l'employeur.

Ces méthodes utilisées par certains employeurs pour échapper aux règles de la représentation du personnel ont fait l'objet de sanctions de la part des juges sur le fondement des anciens articles L. 483-1⁶² et L. 482.1⁶³ du Code du travail, relatifs à la fraude à la loi.

⁶¹ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333, préc.

⁶² « *Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à*

Pour les juges, ce qu'entendent dissimuler les employeurs c'est la continuité d'une même entreprise.

B – LA DISSIMULATION DE LA CONTINUATION D'UNE MÊME ENTREPRISE

32. Élaboration d'une nouvelle notion – Pour la Cour de cassation, les pratiques employées par certains employeurs constituent une fraude à la loi, en ce sens que les employeurs ont sciemment empêché la représentation du personnel d'être mise en œuvre (1). En réponse aux agissements frauduleux de ces employeurs, la Haute Juridiction élabore la notion d'unité économique et sociale et considère que plusieurs personnes morales peuvent constituer une entreprise au regard du droit du travail. Il n'est pas possible d'utiliser la notion de personne morale au détriment des salariés et de leurs représentants (2).

1 – La fraude à la loi

33. Régularité de l'acte – Le vocabulaire juridique de Cornu définit en ces termes la fraude à la loi. Il s'agit d'« *un acte régulier en soi accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi* »⁶⁴. Les pratiques mises en œuvre et révélées par les deux arrêts emblématiques que sont l'arrêt du 23 avril 1970⁶⁵ et celui du 8 juin 1972⁶⁶ constituent des situations de fraude au regard de cette définition juridique. Dans les deux arrêts, l'acte de création de la société n'est pas en soi remis en cause⁶⁷. Le simple fait de créer une ou plusieurs sociétés est une possibilité offerte par la loi. Ce n'est pas un acte irrégulier.

34. Irrégularité de l'acte – En revanche, ce qui s'ensuit est irrégulier. En effet, les employeurs respectifs répartissent les salariés entre les différentes sociétés « *dans l'intention*

L. 2324-5 et L. 2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. », C. trav. art. L. 2328-1

⁶³ « Le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à la libre désignation des délégués du personnel ou à l'exercice régulier de leurs fonctions est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. », C. trav. art. L. 2316-1

⁶⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF-Quadrige, 2^e éd., 2001, p. 401

⁶⁵ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; préc.

⁶⁶ Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, préc.

⁶⁷ Dans l'arrêt du 23 avril 1970, la Cour de cassation admet « *que la création de la dernière de ces sociétés ait été juridiquement régulière et économiquement justifiée* ». Mais, « *il incombait à la cour d'appel de rechercher si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi* ».

d'éluder une loi impérative », à savoir les règles relatives à la représentation du personnel. C'est ainsi que dans l'arrêt du 23 avril 1970, suite à la création de la société et au transfert de l'ensemble des salariés dans la nouvelle société, l'exercice du mandat électoral des représentants du personnel devient impossible, ces derniers restant les quasi seuls salariés de la première société. Le fait que le transfert ne soit accompagné d'aucun changement dans l'accomplissement des prestations de travail pour les salariés démontre bien que la nouvelle société a été créée pour éviter la mise en œuvre des règles relatives à la représentation du personnel. Dans l'arrêt du 8 juin 1972, la création des deux sociétés aboutit pareillement à l'évitement de l'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise, les deux sociétés ayant chacune moins de 50 salariés. La Cour de cassation met clairement en évidence la répartition « *fictive* » du personnel. Cette répartition a été faite dans le seul but d'aboutir à un seuil inférieur à 50 salariés. Le résultat d'une telle pratique étant « *d'empêcher ou de fausser les élections permettant de désigner les représentants du personnel* »⁶⁸, l'entrave à la désignation d'un représentant du personnel est caractérisée. Le délit est constitué sur le fondement de l'article L. 2328-1 du Code du travail, anciennement article L. 483-1 du Code du travail.

La Haute Juridiction, dans ses arrêts relatifs à la fraude des employeurs, ne remet pas en cause l'acte de création de la société. La personne morale créée pour échapper aux règles de la représentation du personnel continue d'exister. En revanche, l'entrave doit cesser. Et, ceci se fait par la création de la notion d'unité économique et sociale. La notion d'UES permet aux personnes morales de demeurer et permet aux représentants du personnel de ne pas souffrir de l'existence des différentes personnes morales.

2 – L'élaboration de la notion d'unité économique et sociale

35. La continuation d'une même entreprise – Le fait de créer de nouvelles sociétés ou de diviser juridiquement une société en plusieurs sociétés constitue un agissement positif et intentionnel de la part des employeurs qui veulent dissimuler la continuation d'une même entreprise. Au regard du droit du travail, la Cour de cassation n'hésite pas à dire qu'il y a une entreprise⁶⁹, révélée notamment par l'absence de changement des conditions de travail des salariés suite à la constitution de nouvelles sociétés. Cela signifie qu'en pareil cas, l'entreprise

⁶⁸ G. CORNU, op. cit., p. 339

⁶⁹ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333, préc. ; Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, préc.

se trouve ainsi composée de plusieurs personnes morales. Le périmètre d'une personne morale ne correspond pas alors nécessairement au périmètre de l'entreprise en droit du travail. En élaborant la notion d'unité économique et sociale, la Cour de cassation décide qu'une telle unité est nécessairement constituée de plusieurs personnes morales ayant chacune une existence juridique propre. Dès les prémices de la notion d'unité économique et sociale, il apparaît clairement que l'UES regroupe des personnes juridiques. Avec cette jurisprudence, la coupure est entamée de façon nette entre « *le but économique légitime et l'utilisation sociale illégitime* »⁷⁰. L'entreprise apparaît en droit du travail sans qu'elle ne corresponde pour autant à la société, personne morale. Il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux. La coexistence est admise.

Les premiers arrêts relatifs à l'unité économique et sociale utilisent fréquemment les termes d'« *entreprise* ». Les personnes morales, « *pour l'application de ce texte* »⁷¹, à savoir le texte relatif à la constitution d'un comité d'entreprise, sont considérées comme étant « *une seule entreprise* »⁷². Le terme d'« *unité économique et sociale* », lorsqu'il est utilisé, apparaît secondaire par rapport au terme d'« *entreprise* ». Les juges se sont d'abord attachés à rechercher les éléments permettant de vérifier l'existence d'une entreprise en droit du travail avant même d'élaborer la notion d'unité économique et sociale. C'est ainsi, qu'à l'instar de l'arrêt du 23 avril 1970, l'arrêt du 8 juin 1972 retient, en matière de fraude, la notion d'« *entreprise* » pour aller au-delà du simple écran juridique que constitue la société. Ce que recherche le juge au-delà du découpage juridique opéré par l'employeur, c'est l'existence d'« *une seule entreprise au regard du droit du travail* »⁷³.

Mais, très rapidement, la référence à l'« *entreprise* » est délaissée par les juges au profit de l'« *unité économique et sociale* ». C'est une notion plus technique, plus précise dans ses critères, qui s'utilise, au moins dans un premier temps, uniquement dans le cadre de la représentation du personnel. Alors que le droit du travail est susceptible de s'appliquer à toute entreprise, seul le droit de la représentation du personnel s'applique à l'UES. Pour autant, dès la construction de cette notion, un lien s'établit entre l'entreprise et l'unité économique et sociale. Dans l'esprit des juges, derrière l'UES se cache l'entreprise en droit du travail, ou tout du moins, une forme d'entreprise en droit du travail.

⁷⁰ Note. ss Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444

⁷¹ Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, préc.

⁷² Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, préc.

⁷³ Termes exacts employés dans l'arrêt de rejet de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juin 1972 (Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, préc.) par l'arrêt d'appel.

La notion d'unité économique et sociale s'est construite à partir des pratiques de fraude des employeurs. Ses premières années ont été quelque peu hésitantes. C'est après moult hésitations⁷⁴ que la notion a en effet été pleinement affirmée par la jurisprudence pour prendre corps avec les institutions représentatives du personnel. Mais, ce qui a surtout permis à la notion de se développer, c'est la possibilité offerte de reconnaître une économique et sociale en dehors de la « *fraude par division juridique* »⁷⁵. Dès les années 1970, la jurisprudence a admis la reconnaissance des UES dans le cadre de situations régulières de découpage juridique.

§ 2 – L'ABSENCE DE FRAUDE DES EMPLOYEURS

36. Le regroupement de personnes morales – La chambre sociale de la Cour de cassation s'est progressivement approprié la notion d'unité économique et sociale afin de l'utiliser en l'absence de fraude des employeurs. Des personnes morales peuvent être distinctes les unes des autres, peuvent donc exister pour d'autres raisons que celle d'échapper aux institutions représentatives du personnel. Cela n'empêche pas pour autant leur regroupement en droit du travail en tant qu'unité économique et sociale (A).

37. La recherche d'une entreprise en droit du travail – S'il est vrai que le périmètre de l'unité économique et sociale se compose toujours de personnes juridiquement distinctes, la terminologie employée à cet égard par la Cour de cassation a quelque peu évolué au fil de la jurisprudence. Durant les premières années d'élaboration de la notion d'unité économique et sociale, la Cour de cassation énonçait clairement que la recherche d'une unité économique et sociale constituait en réalité la recherche d'une entreprise en droit du travail. Le lien entre les deux notions, l'unité économique et sociale et l'entreprise, était alors affiché. Aujourd'hui, ce parallèle entre les deux notions est évoqué avec plus de parcimonie (B).

⁷⁴ Dans les années 1960, les arrêts touchant aux institutions représentatives du personnel n'ont pas abouti favorablement à la reconnaissance d'une telle notion. Il en est ainsi de l'arrêt du 11 décembre 1968 (Cass. soc. 11 déc. 1968, Dr. soc. 1969, p. 172, obs. J. SAVATIER) et de l'arrêt du 4 février 1970 (Cass. soc. 4 févr. 1970, n° 69-60.037, Bull. civ. V, n° 85) lesquels écartent la notion d'UES.

⁷⁵ A. CŒURET, « Rapport », RJS 2000, p. 533

A – LA PRÉSENCE DE PERSONNES MORALES AU SEIN D'UNE UES

38. Justification – Pour la jurisprudence, seules les personnes morales peuvent être incluses dans une unité économique et sociale. Différentes personnes morales peuvent être considérées comme ayant des liens suffisamment forts pour former ensemble une unité économique et sociale sans qu'il n'y ait eu de fraude de l'employeur à l'origine de ce découpage juridique. L'utilisation de personnes juridiquement distinctes peut être faite pour diverses raisons qui sont tout à fait justifiées et qui n'empêchent pas la reconnaissance d'une unité économique et sociale en droit du travail (1).

39. Le rejet des établissements distincts – L'acceptation des seules personnes morales au sein d'une unité économique et sociale est clairement affichée par la Haute Juridiction dès les premières années d'élaboration de la notion. Un arrêt avait certes admis un établissement distinct dans le périmètre de l'unité économique et sociale. Toutefois, cet arrêt est resté isolé et n'a pas été confirmé dans les années suivantes par les juges (2).

1 – L'utilisation justifiée de personnes morales

40. Raisons tenant au droit fiscal et au droit des sociétés – Dès 1979, Roger de Lestang affirme que « *c'est normalement entre des entreprises juridiquement distinctes, généralement des sociétés et au niveau de celles-ci, que la notion d'unité économique et sociale est retenue* »⁷⁶. Pointant du doigt les pratiques de l'époque, le conseiller de Lestang met en exergue le fait que c'est l'utilisation de ces personnes juridiques par les employeurs qui a justifié la création de la notion d'UES par les juges. Les employeurs créaient des entreprises juridiquement distinctes les unes des autres pour bénéficier de l'écran juridique découlant de chaque personne morale. Les juges ont alors dû passer au-delà de cette barrière pour faire exister une entreprise en droit du travail. C'est donc assez logiquement que, dès l'origine de l'UES, la jurisprudence cantonne le périmètre de l'UES aux seules structures juridiques.

Mais, cette affirmation faite à l'égard des hypothèses de fraude se tient pareillement en l'absence de fraude des employeurs. Les employeurs peuvent être amenés à créer différentes personnes morales pour des raisons tenant notamment au droit fiscal ou au droit des sociétés

⁷⁶ R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, p. 5

et non pas pour échapper au droit du travail. La création de plusieurs sociétés par une même personne peut ainsi se justifier par « *la recherche d'avantages fiscaux, des impératifs d'organisation, une meilleure connaissance de la gestion et de ses résultats* »⁷⁷. Le droit fiscal ou le droit des sociétés s'appliquent en effet, l'un comme l'autre, aux personnes juridiquement distinctes. Il est facile d'identifier une personne morale et de lui appliquer une règle particulière.

41. Conséquences pour le seul droit du travail – En droit du travail, plusieurs personnes morales peuvent être considérées comme formant une seule entreprise. La présence de différentes personnes morales n'empêche pas la reconnaissance d'une unité économique et sociale. Qui plus est, cette reconnaissance n'entraîne de conséquences pour ces personnes morales qu'au regard du droit du travail. Utilisant des termes sans équivoque sur ce point, la Cour de cassation dispose ainsi que « *les dix sociétés, bien qu'elles restent juridiquement distinctes, formaient, du point de vue du droit du travail, une unité économique et sociale* »⁷⁸. Les autres branches du droit ne sont donc pas affectées par la reconnaissance d'une UES. Il n'y a pas de modification dans l'organisation juridique des personnes juridiquement distinctes qui sont rassemblées en une seule unité en droit du travail. La Cour de cassation, dès les années 1970, rappelle régulièrement que les personnes morales forment un seul ensemble au regard du droit du travail uniquement⁷⁹. En ce sens, tout type de personne morale peut être inclus dans une unité économique et sociale. Même s'il s'agit dans la plupart des cas de sociétés⁸⁰, il peut également y avoir des sociétés de groupe⁸¹ ou des groupements d'intérêt économique⁸². La jurisprudence n'est pas exclusive sur ce point. De façon générale, dès lors qu'il s'agit d'une personne juridiquement distincte, son inclusion dans le périmètre de l'unité économique et sociale ne pose pas de problème.

⁷⁷ R. DE LESTANG, art. préc.

⁷⁸ Cass. soc. 4 mars 1976, n° 76-60.154, Bull. civ. V, n° 142

⁷⁹ Pour une illustration, Cass. soc. 9 juill. 1979, n° 79-60.017, Bull. civ. V, n° 639

⁸⁰ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444 ; JCP 1972, II, 17046 ; Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, Bull. civ. V, n° 418, p. 382 ; JCP 1973, II, 17316 ; Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.088, Bull. civ. V, n° 710 ; Cass. soc. 30 mars 1978, Bull. civ. V, n° 247

⁸¹ À titre d'exemple, « *la société Akzo-Pharma est le holding des sociétés Organon SA, Organon SARL, Diosynth-France SA et Codeso SA* » (Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.063, préc.). Autre exemple, le directeur départemental du travail n'est pas compétent pour « *décider lorsqu'il s'agit de la désignation d'un délégué syndical si le groupe pour lequel celle-ci est faite constitue au point de vue du droit du travail une unité économique et sociale ou est composé d'entreprises qui ne sauraient être réunies à cet égard dans un seul ensemble* » (Cass. soc. 21 juill. 1976, n° 76-60.145, Bull. civ. V, n° 468).

⁸² Cass. soc. 6 janv. 1977, n° 76-60.186, Bull. civ. V, n° 13 ; Cass. soc. 5 juill. 1977, n° 77-60.493, Bull. civ. V, n° 458

Dès les premières années d'élaboration de la notion d'unité économique et sociale, il apparaît nettement aux yeux des juges que l'unité économique et sociale constitue le regroupement de personnes morales. Durant cette période de construction de la notion, seul un arrêt avait admis les établissements au sein d'une unité économique et sociale. Mais, cet arrêt est longtemps resté isolé.

2 – La tentative avortée de l'inclusion d'établissements

42. Arrêt du 18 juin 1975 – Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 juin 1975⁸³ est venu jeter le trouble en retenant une UES au niveau d'un simple établissement. En l'espèce, la société SGE et sa filiale SICRA avaient chacune d'entre elles une agence permanente, dans les mêmes locaux, à Gentilly. Pour le tribunal d'instance de Villejuif, ces deux agences, portant toutes deux comme dénomination sociale Paris-Sud, « *constituaient un ensemble économique et social unique et que, par suite, le comité d'établissement devait être commun à l'ensemble du personnel occupé dans ces deux agences* ». Dans une démonstration portant sur la distinction entre l'entreprise et l'établissement, le pourvoi conteste le jugement du 22 janvier 1975. Le pourvoi ne dénie pas le fait que les agences, en tant qu'établissement commun, « *forme[nt] une unité économique et sociale* ». Mais, cela ne suffit pas pour admettre l'existence d'un comité d'établissement. Le salarié est rattaché à l'entreprise. Or, « *ne sont pas salariés de la même entreprise des salariés qui sont employés par deux sociétés distinctes* ». Pour que les salariés appartiennent à la même entreprise, il faut que « *les deux sociétés forment une seule et même entreprise* ». Cette argumentation n'est pas suivie par la Cour de cassation. Dans une formulation claire, quoique n'employant pas les termes d'unité économique et sociale, la Haute Juridiction énonce que « *bien que dépendant de deux sociétés distinctes, l'agence de Gentilly constituait, au regard du droit du travail, un ensemble unique dont tous les salariés devaient être électeurs et éligibles au comité d'établissement* ».

43. Inconvénients attachés à un établissement – Cet arrêt reste un arrêt isolé dans la jurisprudence de l'UES, alors que les faits invoqués par l'arrêt sont susceptibles de se rencontrer fréquemment. Une société peut être amenée à transférer une partie de son activité dans un autre lieu sans pour autant vouloir transformer cette succursale ou cette agence sous forme sociale. Un tel établissement pouvant être mis en place pour une durée limitée, l'unité

⁸³ Cass. soc. 18 juin 1975, n° 75-60.039, Bull. civ. V, n° 331

économique et sociale aurait dès lors peu de perspectives d'avenir dans le temps en étant constituée au niveau d'établissements provisoires, susceptibles d'évoluer dans le court ou moyen terme. Ceci explique vraisemblablement que cet arrêt n'ait pas fait l'objet de confirmation par la suite. La jurisprudence postérieure, dès 1978, rappelle implicitement que c'est au niveau des sociétés que l'UES peut être reconnue, et non pas au niveau d'un établissement commun à plusieurs sociétés⁸⁴. Ce refus de reconnaître une UES au niveau des établissements est confirmé par la suite par la loi Auroux du 28 octobre 1982 laquelle ne vise que les « *entreprises juridiquement distinctes* ». L'étape de vérification des membres pouvant composer une UES est faite avant l'étape de vérification des critères. Pour le juge comme pour le législateur, il faut pouvoir identifier facilement les personnes susceptibles d'intégrer une UES. Or, seules les personnes morales sont aisément identifiables. Les sociétés commerciales font ainsi l'objet d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁸⁵.

En admettant uniquement les personnes morales au sein des UES, la Cour de cassation, confirmée en ce sens par le législateur de 1982, reste inflexible sur ce point, qu'il s'agisse de reconnaissance d'une UES en cas de fraude ou en l'absence de fraude des employeurs. La Haute Juridiction n'entend pas assouplir sa position sur les personnes susceptibles de faire partie d'une UES quand bien même il n'y aurait pas de fraude des employeurs à l'origine de la demande en reconnaissance⁸⁶. Et, là encore, comme en matière de fraude, les juges recherchent l'entreprise en droit du travail derrière les différentes personnes morales existantes.

B – LA RECHERCHE D'UNE ENTREPRISE UNIQUE EN DROIT DU TRAVAIL

44. Lien entre UES et entreprise – Dans le cadre des situations de fraude des employeurs, la Cour de cassation visait clairement l'« *entreprise* » dans ses arrêts portant sur la reconnaissance d'une UES. Derrière différentes personnes morales pouvait ainsi se cacher une entreprise unique. Dans ses premiers arrêts relatifs à la reconnaissance d'une UES en

⁸⁴ Cass. soc. 30 mars 1978, n° 78-60.060, Bull.civ. V, n° 247

⁸⁵ C. com. art. L. 123-1

⁸⁶ « *si plusieurs personnes morales juridiquement distinctes peuvent constituer, au regard du droit du travail, une unité économique et sociale justifiant la mise en place d'institutions représentatives du personnel communes à ces personnes, cette notion d'unité économique e sociale ne saurait s'appliquer à deux établissements distincts d'une même société ou, comme en l'espèce, à l'un de ses établissements et à sa direction centrale du personnel* » (Cass. soc. 17 déc. 1984, n° 84-60.909, Bull. civ. V, n° 494).

dehors de toute fraude, la Cour de cassation fait pareillement référence à l'entreprise en droit du travail. Elle n'utilise pas toujours le terme d'unité économique et sociale, ou quand elle l'utilise, elle le fait en parallèle avec le terme d'entreprise⁸⁷. L'unité économique et sociale ainsi recherchée doit former une « *seule entreprise* »⁸⁸. Les premières années de la jurisprudence portant sur l'UES sont instructives sur ce que va devenir la notion d'UES et sur ce qu'elle pourra devenir. Dès l'origine, le lien entre l'UES et l'entreprise s'est établi dans l'esprit des juges. C'est une recherche de l'entreprise au sens du droit du travail qui se fait. La notion d'UES ne permet alors que la mise en place des institutions représentatives du personnel⁸⁹. Mais, le fait d'opérer un rapprochement entre les termes d'UES et d'entreprise montre que l'UES est susceptible de devenir l'entreprise en droit du travail au-delà de la seule représentation du personnel⁹⁰. Considérée comme une entreprise en droit de la représentation du personnel, l'UES est appelée à être considérée comme une entreprise dans les autres branches du droit du travail⁹¹.

Au-delà du découpage juridique, la Cour de cassation admet qu'il peut y avoir une entreprise unique. Mais, pour pouvoir reconnaître une UES, il faut que les personnes morales ne soient pas totalement indépendantes les unes des autres. Les premiers arrêts de la Cour de cassation précisent bien que ce que doit vérifier le juge d'instance c'est la réalité ou non de l'indépendance des structures juridiques entre elles⁹². Si elles sont effectivement indépendantes l'une de l'autre, l'UES ne peut pas être reconnue⁹³. En revanche, si elles s'avèrent dépendre l'une de l'autre, le juge passe alors outre cet écran juridique pour reconnaître une UES. Il faut qu'il y ait suffisamment de liens étroits entre elles pour qu'une telle unité économique et sociale soit reconnue. C'est ainsi que dans son arrêt du 28 février 1973⁹⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation reproche au tribunal d'instance de n'avoir pas effectué ce travail de recherche portant sur l'indépendance ou non des sociétés du groupe susceptible de former ainsi « *une entreprise unique* ». La Haute Juridiction déclare

⁸⁷ Cass. soc. 4 mars 1976, n° 76-60.154, préc ; Cass. soc. 11 févr. 1982, n° 81-60.873 ; Cass. soc. 6 juill. 1982, n° 82-60.003, Bull. civ. V, n° 454

⁸⁸ Cass. soc. 14 févr. 1973, n° 72-60.094, Bull. civ. V, n° 82 ; Cass. soc. 14 juin 1978, n° 78-60.167, Bull. civ. V, n° 469

⁸⁹ Cass. soc. 6 juill. 1982, n° 82-60.003, préc.

⁹⁰ « *lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé, s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe* » (Cass. soc. 16 oct. 2001, n° 99-44.037, Bull. civ. V, n° 324, D. 2002, p. 770 ; JCP G 2001, IV, n° 2915).

⁹¹ L'unité économique et sociale devient progressivement un espace d'exercice des droits collectifs et individuels. V. *supra*, n° 329 s.

⁹² Cass. soc. 28 févr. 1973, n° 72-60.066, Bull. civ. V, n° 124

⁹³ Cass. crim. 12 janv. 1982, n° 81-90.370

⁹⁴ Cass. soc. 28 févr. 1973, n° 72-60.066, préc.

« qu'en statuant ainsi, tout en constatant l'existence d'éléments communs tels que direction, locaux, service du personnel, accord de participation unique, et sans répondre aux conclusions selon lesquelles, quel que fut leur découpage juridique, les sociétés du groupe n'étaient pas indépendantes l'une de l'autre, le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision ». Le tribunal aurait dû vérifier au préalable que les personnes morales étaient effectivement indépendantes les unes des autres, auquel cas il ne pouvait pas y avoir d'entreprise unique. En ne faisant pas ce contrôle, le jugement du tribunal d'instance est cassé.

Aujourd'hui, cette volonté de ne faire exister une UES qu'entre des entreprises juridiquement distinctes se vérifie pareillement au travers de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, même s'il est vrai que les établissements n'en sont pas totalement exclus.

Section 2

La prépondérance du paramètre juridique

45. Le regroupement des personnes juridiques – Lors de la consécration législative de la notion d'unité économique et sociale par la loi du 28 octobre 1982, le périmètre donné à l'UES est fixé. L'ancien article L. 431-1 du Code du travail, aujourd'hui l'article L. 2322-4 du Code du travail, décide qu'une UES ne peut être reconnue qu'« *entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes* ». La jurisprudence, se fondant sur cet article, dispose sans équivoque que les personnes morales peuvent faire partie d'une unité économique et sociale (§ 1). Par une interprétation *a contrario* de la loi, la Cour de cassation décide que les structures dépourvues de la personnalité morale ne peuvent être considérées comme membres à part entière d'une unité économique et sociale (§ 2).

§ 1 – LA PERSONNALITÉ MORALE DES MEMBRES DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

46. L'examen du droit positif – Depuis le début de la construction de la notion d'UES, seules les personnes juridiquement distinctes peuvent prétendre à devenir membre d'une UES. Le législateur et la jurisprudence n'utilisent certes pas toujours les mêmes termes lorsqu'ils visent les personnes admises dans une UES. Mais, malgré cette distinction dans la terminologie utilisée, il semble que le droit positif vise dans tous les cas les personnes juridiques. Il sera procédé, dans un premier temps, à l'examen des termes employés, afin d'éviter toute confusion possible engendrée par ce florilège de termes différents **(A)**, puis, dans un second temps, il sera précisé quels sont les membres admis à faire partie d'une UES **(B)**.

A – LA TERMINOLOGIE UTILISÉE

47. La différence de terminologie – La seule lecture de l'article L. 2322-4 du Code du travail ne permet pas de savoir facilement quelles sont les structures qui peuvent intégrer une UES. La terminologie utilisée par le législateur n'est pas suffisamment juridique pour pouvoir définir avec précision le périmètre de l'UES. Ceci explique que la jurisprudence utilise d'autres termes plus appropriés en la matière. Ainsi, la loi vise « *les entreprises juridiquement distinctes* » **(1)**, tandis que la jurisprudence vise « *les personnes juridiquement distinctes* » **(2)**.

1 – L'entreprise selon la loi

48. Les différentes versions de l'article L. 2322-4 du Code du travail – Pour le législateur, l'unité économique et sociale rassemble plusieurs « *entreprises juridiquement distinctes* ». L'article L. 2322-4 du Code du travail utilise expressément cette terminologie⁹⁵. Ce n'est pas une nouveauté de la loi. Dès la consécration de la notion d'unité économique et sociale par le législateur de 1982, les termes d'« *entreprises juridiquement distinctes* » sont

⁹⁵ « Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire. », C. trav. art. L. 2322-4.

insérés dans la loi⁹⁶. Les différentes versions de l'article L. 2322-4 du Code du travail, anciennement article L. 431-1 du Code du travail, n'ont pas apporté de modification à la notion d'unité économique et sociale visée par le législateur, et notamment à propos du périmètre de l'UES⁹⁷. Depuis l'entrée dans le Code du travail de la notion d'UES, le législateur décide que l'UES regroupe des entreprises juridiquement distinctes.

49. Sens du terme d'entreprise – La terminologie utilisée par le législateur pour fixer le périmètre de l'UES pose un problème d'interprétation au regard de la notion d'« entreprise ». Le législateur dispose que seules les entreprises juridiquement distinctes peuvent faire partie d'une UES. Pour autant, il ne définit pas ces entreprises juridiquement distinctes. Or, en droit, il n'y a pas de définition juridique de l'entreprise. Cela reste une notion essentiellement économique, qui n'a pas de réalité juridique⁹⁸. En droit du travail, il n'y a pas de définition univoque de l'entreprise. L'entreprise constitue une notion-cadre par excellence. Cette notion n'a jamais été définie par le législateur. L'utilisation même qu'en fait le législateur peut s'avérer fortuite. Il n'y a pas toujours de sa part la volonté de circonscrire la mise en œuvre de telle règle juridique à l'entreprise. La terminologie employée par le législateur ne relève pas nécessairement d'une volonté claire et non équivoque de sa part. La difficulté d'approche de cette notion est renforcée par l'absence de définition donnée par la jurisprudence⁹⁹. Seule la doctrine a été amenée à théoriser cette notion. Deux théories sont ainsi apparues au cours du XX^e siècle. La théorie contractuelle et patrimoniale voit dans l'entreprise la somme des contrats de travail, l'entreprise réunit « *une juxtaposition de rapports contractuels individuels* »¹⁰⁰. À l'inverse, dans la théorie communautaire et

⁹⁶ La loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 modifie en profondeur l'article L. 431-1 du Code du travail et ajoute en particulier un nouvel alinéa à cet article. Il s'agit de l'al. 6 portant sur l'UES.

⁹⁷ Depuis la loi du 28 octobre 1982, qui introduit la notion d'unité économique et sociale dans le Code du travail, il n'y a pas eu de grands changements apportés aux termes employés par l'alinéa 6 de l'ancien article L. 431-1 du Code du travail. Les différentes versions de cet article (loi n° 2001-152 du 19 févr. 2001, ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, loi n° 2012-387 du 22 mars 2012) visent à chaque fois les « *entreprises juridiquement distinctes* ». Le seul changement apporté entre le 1^{er} mai 2008 et le 24 mars 2012 par la loi porte sur le nombre de salariés d'une UES. Alors que le texte d'origine visait une UES « *regroupant au moins cinquante salariés* », durant un intervalle de 4 ans, le législateur décidait qu'une UES regroupait « *cinquante salariés ou plus* ». Aujourd'hui, le texte en vigueur utilise les mêmes termes que le texte d'origine.

⁹⁸ « *le mot 'entreprises', employé dans la loi de 1982, recouvre une notion plus économique et sociale que juridique* », P. LYON-CAEN, « Peut-il exister une unité économique et sociale entre syndicats de copropriétaires ? », Dr. soc. 2000, p. 852

⁹⁹ La Cour de cassation assimile seulement l'unité économique et sociale à l'entreprise dans certains de ses arrêts sans préciser toutefois si l'entreprise se réduit uniquement à une telle unité. À titre d'exemple, l'arrêt du 16 octobre 2001 : « *lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe* » (Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.037, préc.).

¹⁰⁰ J. RIVIERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF Thémis, Paris, 1993, p. 170. Le contrat de travail liant chaque salarié au chef d'entreprise permet d'expliquer en partie les pouvoirs que celui-ci exerce sur les salariés de

institutionnelle de Paul Durand¹⁰¹, l'entreprise constitue une communauté de travail. Le personnel salarié et le chef d'entreprise composent cette communauté de travail poussée vers un seul but : la recherche d'un intérêt commun. Il existe alors une solidarité organique entre dirigeant et salariés. Les pouvoirs du chef d'entreprise sont limités du fait de la recherche du bien commun. C'est cette seconde théorie qui trouve un certain écho dans la jurisprudence¹⁰², même si la jurisprudence ne consacre pas pleinement la notion d'entreprise. Ainsi, l'emploi du terme « *entreprise* » pour fixer le périmètre de l'UES semble être inadapté pour une notion technique telle que l'UES. Ce terme est trop général pour permettre à lui seul de cerner le périmètre de l'UES¹⁰³. C'est une notion-cadre qui ne permet pas de déterminer quelles sont les composantes possibles d'une UES. Par conséquent, le terme d'« *entreprise* » posant problème, des difficultés surgissent très rapidement dès lors que l'on recherche la signification d'« *entreprises juridiquement distinctes* ».

50. Des entreprises formant une entreprise – Le législateur dispose que ce sont des « *entreprises juridiquement distinctes* » qui composent l'UES. Pour lui, chaque composante de l'UES est une entreprise. Or, pour la jurisprudence, l'UES constitue à elle seule une entreprise au regard du droit du travail¹⁰⁴. Lorsque la reconnaissance de l'UES est effectuée par convention ou par décision de justice, cette unité est considérée comme étant une

l'entreprise. Le droit de propriété du chef d'entreprise justifie en outre qu'il puisse être « *maître* » sur les biens de l'entreprise. « *L'entreprise capitaliste est donc juridiquement quelque chose de très simple. Elle met le travail au service du capital. Elle donne aux capitalistes la propriété et la direction de l'exploitation* » (G. RIPERT *Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste*, Paris, 1946, L.G.D.J., 2^e éd., 1951, n° 119 et s. pp. 265 et s., n°127, p. 281.) Le travail est ici soumis au service du capital, le personnel salarié est subordonné au chef d'entreprise.

¹⁰¹ Cette doctrine est « *plus ou moins ouvertement appuyée sur la théorie de l'institution de Maurice Hauriou* », A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, 2008, suppl. n° 1340

¹⁰² La référence à « *l'intérêt légitime de l'entreprise* » pour la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence n'est qu'un exemple parmi tant d'autres de cette approche institutionnelle de l'entreprise faite par la jurisprudence (v. Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.135, n° 00-45.387, n° 99-43.334, RJS 2002, n° 1119 ; Cass. soc. 26 janv. 2005, n° 02-45.193). Malgré l'importance donnée à cette théorie institutionnelle, certains auteurs estiment que cette théorie ne reflète plus aujourd'hui la réalité du monde du travail. Le travail salarié est lié à l'activité économique. Il existe indéniablement une influence réciproque de l'un par rapport à l'autre. Or, par cette activité économique en perpétuel mouvement, les structures de l'entreprise sont nécessairement bouleversées. Les restructurations, la mondialisation sont autant d'éléments qui influent sur le monde du travail. Les relations entre employeurs et salariés se sont complexifiées. Le droit du travail s'est construit sur la base de la fabrique en un seul lieu. Ceci n'est plus le reflet du monde du travail.

¹⁰³ Le législateur, en venant préciser que ce sont des entreprises « *juridiquement distinctes* » qui doivent faire partie de l'UES, devait être conscient de l'imprécision découlant du terme d'entreprise. Il faut qu'il y ait une entreprise et qu'elle soit juridiquement distincte pour pouvoir être intégrée à une UES. Cela signifie donc que l'entreprise, en elle-même, n'est pas juridiquement distincte. Elle est dépourvue de cette caractéristique. Elle ne possède pas la personnalité morale.

¹⁰⁴ Cass. soc. 16 oct. 2001, n° 99-44.037, préc. : « *lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise ... ce qui est le cas lorsqu'une unité économique et sociale est retenue* ». V. égal. en ce sens, Cass. soc. 8 juill. 2009, n° 08-60.596 ; TI Puteaux, 22 janv. 2010, n° RG 11-09-1088 11-09-1133

entreprise. Les règles applicables à toute entreprise en droit du travail, notamment en matière de représentation du personnel, s'appliquent dès lors à l'UES. Comme dans toute entreprise en droit du travail, il peut être organisé des élections pour la constitution d'un comité d'entreprise au niveau d'une UES reconnue¹⁰⁵. Cette assimilation de l'UES à l'entreprise, faite par la jurisprudence dès les années 1970¹⁰⁶, se justifie pleinement au regard des finalités de l'UES¹⁰⁷. Il est alors difficile de comprendre le sens de la loi. L'UES, entendue comme une entreprise, ne peut pas « *comprendre plusieurs « entreprises » en son sein* »¹⁰⁸. L'identité des structures qui composent l'UES doit être différente de la perception donnée de l'UES par la jurisprudence et par les auteurs¹⁰⁹, à savoir que l'UES est considérée comme une seule entreprise. Il faut que la définition de la composition du périmètre de l'UES soit plus précise, plus technique pour permettre une reconnaissance de l'UES.

Pour le moins inappropriés, les termes d'« *entreprises juridiquement distinctes* » ne sont pas utilisés par la jurisprudence. La Cour de cassation a évolué dans l'utilisation des termes visés à l'article L. 2322-4 du Code du travail pour retenir les termes juridiques de « *personnes juridiquement distinctes* ».

2 – La personne selon la jurisprudence

51. L'utilisation de différents termes – La jurisprudence n'utilise pas aujourd'hui les mêmes termes que le législateur pour parler du périmètre de l'unité économique et sociale. Elle préfère utiliser, en général, les termes de « *personnes juridiquement distinctes* » au détriment des termes d'« *entreprises juridiquement distinctes* ». La Cour de cassation ne reprend ainsi que rarement la terminologie exacte utilisée à l'article L. 2322-4 du Code du travail¹¹⁰. Elle a beaucoup évolué au fil des années. Les termes les plus souvent rencontrés

¹⁰⁵ C. trav. art. L. 2322-4

¹⁰⁶ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444 ; JCP 1972, II, 17046 ; Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, Bull. civ. V, n° 418 ; JCP 1973, II, 17316

¹⁰⁷ B. BOUBLI, « Unité économique et sociale, Etat des lieux et souhaits de réforme », JSL 2004, n° 150-1 ; M. COEURET, « Rapport » ss Cass. soc. 23 mai 2000, n° 98-60.212 et n° 98-60.217, RJS 2000, p. 529 et s.

¹⁰⁸ M. COHEN, « Les confusions relatives au périmètres de l'unité économique et sociale », RJS 2001, p. 185

¹⁰⁹ B. BOUBLI, art. préc. ; M. COEURET, rapp. préc. ; D. DANET, C. CHAMPAUD, « Groupe de sociétés », RTD com. 1993, p. 528

¹¹⁰ Toutefois, il est à noter l'utilisation faite par la Cour de cassation des termes retenus par la loi dans un arrêt du 29 mars 2000. Dans son attendu de principe, la Haute Juridiction précise que « *l'unité économique et sociale, ..., ne peut exister qu'entre des entreprises juridiquement distinctes, ...* ». À la fin de son arrêt, la Cour précise quelle interprétation donnée à ces termes, lorsqu'elle reproche au tribunal d'instance de n'avoir pas recherché « *si les magasins constituaient chacun des personnes juridiques distinctes* ». Les « *entreprises juridiquement distinctes* » doivent être entendues dans le sens de « *personnes juridiquement distinctes* » (Cass. soc. 29 mars 2000, n° 99-60.152).

sont ceux « *d'entités juridiquement distinctes* »¹¹¹, « *de personnes morales juridiquement distinctes* »¹¹² ou encore « *de personnes juridiquement distinctes* »¹¹³. La multitude de termes utilisés par la jurisprudence à la place du terme d'« *entreprise* » retenu par le législateur révèle à tout le moins que la terminologie employée dans l'article L. 2322-4 du Code du travail n'est pas satisfaisante. L'« *entreprise* » ne renvoie à aucune notion juridique. Elle ne permet pas de fixer le périmètre de l'unité économique et sociale.

52. Les personnes juridiquement distinctes – La jurisprudence semble hésiter entre les termes d'« *entités* », de « *personnes morales* » et de « *personnes* ». Le premier de ces termes a été employé par la Cour de cassation à quelques reprises seulement¹¹⁴. Mais, relativement peu utilisé par la Cour de cassation, il apparaît insatisfaisant au regard de la confusion qu'il peut y avoir entre cette expression et l'entité économique autonome au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹¹⁵. Le deuxième de ces termes, fréquemment utilisé, a l'avantage d'être circonscrit. Il existe une définition doctrinale de la personne morale. Il s'agit d'« *un groupement de personnes ou de biens ayant, comme une personne physique, la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à participer à la vie juridique* »¹¹⁶. Cette personnalité juridique s'acquiert après un certain nombre de formalités¹¹⁷. Il est relativement aisé de savoir quelles sont les personnes qui sont dotées de la personnalité juridique et qui peuvent intégrer une UES. La jurisprudence admet notamment comme personnes morales les sociétés¹¹⁸, les associations¹¹⁹, les groupements d'intérêts économiques¹²⁰.

¹¹¹ Cass. soc. 18 juill. 2000, RJS 2000, n° 1107 ; Cass. soc. 23 juin 2004, n° 03-60.020 ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428 et 07-60.431

¹¹² Cass. soc. 3 juill. 1985, n° 85-60.060 ; Cass. soc. 20 juin 2007, n° 06-60.192 ; Cass. soc. 18 juin 2003, n° 02-60.033, Bull. civ. V, n° 201

¹¹³ Cass. soc. 7 mai 2002, Bull. civ. V, n° 150 ; Cass. soc. 17 déc. 2003, n° 02-60.445, Bull. civ. V, n° 319

¹¹⁴ Cass. soc. 18 juill. 2000, préc. ; Cass. soc. 23 juin 2004, n° 03-60.020, préc. ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428 et 07-60.431, préc.

¹¹⁵ Dans l'arrêt du 18 juillet 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation définit une entité économique autonome. Il s'agit d'« *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre* » (Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 98-18.037, préc.). La Cour de cassation use également du terme d'entité à propos de l'UES dans quelques arrêts, notamment : Cass. soc. 23 mai 2000, n° 98-60.212 et n° 98-60.217, préc., A. CŒURET, « Rapport », préc. ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-17.642 ; Cass. soc. 10 nov. 2010, n° 09-60.451

¹¹⁶ *Droit de l'entreprise, L'essentiel pour comprendre le droit*, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2008/2009, n° 576 ; V. égal., Y. GUYON, « La personnalité morale », Juris-Classeur. Sociétés Traité, Fasc. 27.E.1 ; C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive », Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, p. 121 ; J.-P., GRIDEL, « La personnalité morale », RTD com. 1990, p. 495 ; B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963, 506 p.

¹¹⁷ « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité juridique à compter de leur immatriculation.* », C. civ. art. 1842

¹¹⁸ Cass. soc. 12 oct. 2005, n° 05-60.062

Dans le dernier état de la jurisprudence, la Cour de cassation semble utiliser davantage l'expression « *personnes juridiquement distinctes* »¹²¹ par rapport à l'expression « *personnes morales juridiquement distinctes* ». Il semble y avoir une redondance dans la formulation « *personnes morales juridiquement distinctes* ». Les personnes morales sont nécessairement considérées comme juridiquement distinctes les unes des autres. De plus, fixer le périmètre de l'UES aux seules « *personnes morales* » tend à exclure de la reconnaissance de l'UES les personnes physiques. Or, s'il est vrai que la jurisprudence examine, en général, le périmètre de l'UES par rapport aux personnes morales, il n'y a pas lieu de refuser d'inclure les personnes physiques de l'UES. Les exploitations personnelles sont ainsi susceptibles de faire partie d'une UES.

La notion de « *personnes juridiquement distinctes* », retenue dans une grande majorité de cas par la Cour de cassation, est appropriée dans le cadre d'une demande en reconnaissance d'une UES. Ces termes fréquemment utilisés aujourd'hui ont l'avantage de permettre ainsi d'englober les personnes morales et les personnes physiques dans le périmètre de l'UES. Pour Alain Cœuret, ancien conseiller à la Cour de cassation, cette terminologie judiciaire « *présente un caractère de plus grande neutralité par rapport à l'extrême diversité des réalités juridiques* »¹²². Cette extrême diversité des réalités juridiques prend l'apparence de différentes formes de personnes morales.

B – LES MEMBRES DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

53. Principe d'inclusion des personnes morales – Depuis le premier arrêt du 23 avril 1970¹²³, la Cour de cassation a fixé le périmètre de l'unité économique et sociale. Elle a été amenée à préciser quelles étaient les personnes juridiquement distinctes qui pouvaient ou non être intégrées à une UES. Il découle de cette jurisprudence que, de principe, le fait d'être pourvu de la personnalité morale permet d'intégrer une UES, dès lors que les critères sont satisfaits **(1)**. Mais, pour autant, le fait d'avoir la personnalité morale n'implique pas

¹¹⁹ Cass. soc. 8 avril 1992, n° 91-60.165 ; Cass. soc. 15 déc. 1999, n° 98-60.497 ; Cass. soc. 26 janv. 2012, n° 10-23.324

¹²⁰ Cass. soc. 17 mai 1994, n° 93-60.394 ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428, préc.

¹²¹ Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-60.048 ; Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-60.535 ; Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, *Vivendi* ; Cass. soc. 8 juill. 2009, n° 08-60.596

¹²² A. CŒURET, « Rapport », préc.

¹²³ Cass. soc. 23 avr. 1970, n° 68-91.333, préc.

nécessairement une intégration dans une UES. Il semble exister au moins une exception à cette règle du périmètre de l'UES fixé par rapport à la personnalité morale (2).

1 – L'identification des membres de l'UES

54. Les sociétés immatriculées – La question de la reconnaissance d'une UES se pose, dans l'immense majorité des cas, entre sociétés. Les sociétés commerciales, pourvues de la personnalité morale à partir de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹²⁴, sont le moyen le plus approprié pour développer une activité économique¹²⁵. C'est donc tout naturellement au niveau de ces sociétés que les UES sont fréquemment reconnues. Il peut s'agir des sociétés de capitaux, comme des sociétés de personnes. À titre d'exemples, l'UES peut être reconnue entre des sociétés anonymes¹²⁶, entre plusieurs sociétés à responsabilité limitée¹²⁷, de même qu'entre une société en nom collectif et une SARL¹²⁸. La Cour de cassation permet pareillement aux sociétés civiles d'être rassemblées dans une UES¹²⁹. Dans tous les cas, ce qui importe c'est la personnalité morale attachée à ces sociétés. La Cour de cassation prend seulement en compte le fait qu'il s'agit d'une personne juridique. Elle ne prend pas en considération la forme de la société.

Dès lors, les sociétés créées de fait et les sociétés en participation, toutes deux dépourvues de la personnalité morale, sont susceptibles d'être exclues d'une UES. Aucune demande en reconnaissance d'UES n'a, semble-t-il, fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Ceci s'explique par la nature de ces sociétés. La société en participation, régie par le Code civil, « *n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité* »¹³⁰. Il en résulte qu'elle ne peut participer à la vie juridique¹³¹, et qu'elle n'a ni élément d'identification ni attribut¹³². En principe, il n'y a pas de salariés au niveau d'une société en participation.

¹²⁴ C. civ. art. 1842

¹²⁵ La société sert de support à une activité économique. Elle est définie par le Code civil en ces termes : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.* », (C. civ. art. 1832).

¹²⁶ Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935

¹²⁷ Cass. soc. 7 mars 2001, n° 99-60.529

¹²⁸ Cass. soc. 8 oct. 1998, n° 97-60.383

¹²⁹ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

¹³⁰ C. civ. art. 1871

¹³¹ « *Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* », C. civ. art. 1872-1, al. 11

¹³² Elle n'a ainsi pas de raison ou dénomination sociale, pas de siège social, pas de nationalité et pas de patrimoine propre.

Admettre la reconnaissance d'une UES au niveau d'une société en participation paraît donc difficile. De la même manière, la société créée de fait¹³³ n'est pas dotée de la personnalité juridique. Dans le cadre de cette société, les associés n'ont pas conscience de créer une société. L'existence de cette société peut être démontrée après coup par l'un des associés afin d'en faire produire certaines conséquences juridiques¹³⁴. Il n'y a dès lors pas la possibilité de faire une demande en reconnaissance d'UES au niveau de sociétés créées de fait. L'exclusion des sociétés en participation et des sociétés créées de fait de l'UES se justifie pleinement du fait que l'UES n'a d'utilité que pour l'avenir.

55. Groupement d'intérêt économique – La jurisprudence va au-delà des seules sociétés lorsqu'elle fixe le périmètre de l'UES. Elle admet ainsi « *toutes les personnes assujetties à la représentation institutionnelle* »¹³⁵, D'autres structures pourvues de la personnalité juridique sont admises par la jurisprudence¹³⁶. Il en est ainsi des groupements d'intérêt économique¹³⁷ et des associations¹³⁸. Le GIE, créé en 1967, permet à « *deux ou plusieurs personnes physiques ou morales...de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité* »¹³⁹. Le GIE n'entraîne pas la création d'une entreprise nouvelle et autonome. Il constitue le prolongement des activités économiques menées par ses membres. Il est donc justifié d'admettre le GIE dans le périmètre de l'UES au regard de la nature des activités qu'il mène. S'agissant de sa nature juridique, la loi dispose que « *le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés* »¹⁴⁰. La personnalité morale attachée à cette structure lui permet dès lors de bénéficier de la législation relative aux UES.

¹³³ La société créée de fait « désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se comportent, en fait, comme des associés, sans avoir exprimé initialement la volonté de former une société et en particulier sans avoir entrepris les démarches nécessaires à sa constitution » (Droit de l'entreprise, L'essentiel pour comprendre le droit, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2008/2009, n° 705).

¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 1995, n° 93-19.449, Bull. civ. I, n° 320, Dr. et patr. 1996, n° 35, p. 93

¹³⁵ Lamy Social – Droit du travail, charges sociales, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 3731

¹³⁶ Un arrêt du 27 mars 1985 rappelle que « l'article L. 431-1 du Code du travail, dernier alinéa, dispose non seulement à l'égard des entreprises industrielles et commerciales mais encore de tous les organismes visés au premier alinéa dudit texte, et notamment des associations, quels que soient leur forme et objet », (Cass. soc. 27 mars 1985, Dr. soc. 1986, p. 18).

¹³⁷ Cass. soc. 17 mai 1994, n° 93-60.394, préc. ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428 ; Cass. soc. 28 janv. 2009, n° 07-45.481, Bull. civ. V, n° 26

¹³⁸ Cass. soc. 8 avr. 1992, RJS 1992, n° 754 ; Cass. soc. 27 mai 1997, n° 96-60.068, Dr. soc. 1997, p. 759 : « une unité économique et sociale est composée d'entreprises juridiquement distinctes qui peuvent être des associations, quels que soient leur forme et leur objet ».

¹³⁹ C. com. art. L. 251-1

¹⁴⁰ C. com. art. L. 251-4

56. Association – Il en est de même en matière d’associations. La Cour de cassation admet comme membres d’une UES les associations déclarées « à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l’arrondissement où l’association aura son siège social »¹⁴¹. Ces associations régulièrement déclarées ont alors la personnalité morale dotée de capacité juridique, ce qui leur permet d’employer des salariés. Qui plus est, l’association étant un contrat de droit privé, les membres de l’association ont la liberté de choisir le but de leur association. Les activités économiques et sociales peuvent dès lors être exercées par une association. Dans ce cadre-là, le regroupement d’associations au sein d’une UES se justifie pleinement.

La jurisprudence semble partir du principe que la personnalité juridique d’une personne lui permet d’intégrer une unité économique et sociale. Il faut toutefois relever un arrêt qui refuse la reconnaissance d’une unité économique et sociale entre syndicats de copropriétaires.

2 – L’exception à la règle

57. Syndicats de copropriétaires – La personnalité juridique ne permet pas dans tous les cas d’intégrer une UES. La particularité des syndicats de copropriétaires a ainsi été relevée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 23 mai 2000¹⁴². S’il ne fait pas de doute qu’un syndicat de copropriétaires est pourvu de la personnalité civile¹⁴³, cela ne suffit pas à permettre la reconnaissance d’une UES à ce niveau. Se fondant sur cette caractéristique, l’avocat général Pierre Lyon-Caen, dans ses conclusions¹⁴⁴, faisait valoir le syllogisme suivant : « le syndicat de copropriétaire est une personne morale, toutes personnes morales distinctes peuvent constituer entre elles une UES, des syndicats de copropriétaires peuvent donc former une UES ». Il en appelait à admettre l’existence d’une UES entre syndicats de copropriétaires. La Cour de cassation n’a pas suivi les conclusions de l’avocat général. La Haute Juridiction a mis en avant les spécificités des syndicats de copropriétaires. Les copropriétaires, réunis obligatoirement « en un syndicat »¹⁴⁵, confient l’exécution des décisions qu’ils ont prises en assemblée générale des copropriétaires à « un syndic »¹⁴⁶. Sur le fondement de l’article 18 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la

¹⁴¹ L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d’association, art. 5

¹⁴² Cass. soc. 23 mai 2000, n° 99-60.006, Bull. civ. V, n° 201, Dr. soc. 2000, p. 852 et 856, RJS 2000, p. 529

¹⁴³ L. n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 14

¹⁴⁴ P. LYON-CAEN, concl. ss Cass. soc. 23 mai 2000, Dr. soc. 2000, p. 852

¹⁴⁵ L. n° 65-557 du 10 juill. 1965 préc., art. 14

¹⁴⁶ L. n° 65-557 du 10 juill. 1965 préc., art. 17

copropriété des immeubles bâtis, le syndic est chargé d'administrer au quotidien la copropriété. Son mandat peut être plus ou moins long. C'est l'assemblée générale des copropriétaires qui décide du renouvellement du mandat du syndic. Pour la Cour de cassation, *« les sociétés syndics de copropriétés correspondant à un ensemble de résidences-services ne sont que les mandataires des différents syndicats de copropriétaires, lesquels restent libres de désigner un nouveau syndic »*. Or, *« l'unité économique nécessite la présence en son sein de l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale »*. Il ne peut donc pas y avoir d'unité économique et sociale entre des syndicats de copropriétaires quand bien même ils ont la personnalité civile. C'est au regard des seuls critères de l'UES que la Haute Juridiction a cassé l'arrêt d'appel. L'inexistence d'unité économique entre les syndicats de copropriétaires amène à s'opposer à la reconnaissance de l'unité économique et sociale. Au regard des caractéristiques propres des syndicats de copropriétaires, il ne peut y avoir d'unité économique et sociale à leur niveau. La Cour de cassation fixe très précisément le périmètre de l'UES et n'entend pas déroger à cette règle. Seules les personnes morales qui forment entre elles une unité économique et une unité sociale peuvent faire partie d'une UES. Les autres personnes ou entités en sont exclues.

§ 2 – L'EXCLUSION DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

58. Le défaut de personnalité morale – L'article L. 2322-4 du Code du travail précise sans équivoque quelles sont les personnes pouvant faire partie d'une UES. Il faut qu'il s'agisse d'*« entreprises juridiquement distinctes »*. Dépourvu de la personnalité morale, l'établissement distinct ne peut dès lors faire partie d'une unité économique et sociale, comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour de cassation **(A)**. De la même manière, la jurisprudence se refuse à admettre la reconnaissance d'une unité économique et sociale au niveau d'un pôle économique dès lors que ce pôle n'est pas uniquement constitué de personnes morales **(B)**. Ces solutions, *a priori* sévères à l'encontre des entreprises, apparaissent justifiées au regard de la notion d'unité économique et sociale.

A – LES ÉTABLISSEMENTS

59. L'état du droit positif – La Cour de cassation se refuse à admettre la reconnaissance d'une UES au niveau des établissements. Cette solution jurisprudentielle, conforme à la loi, a fait l'objet de plusieurs arrêts tout au long de la construction de la notion d'unité économique et sociale. S'il est vrai que quelques arrêts ont admis que la reconnaissance d'une UES puisse avoir lieu au niveau d'établissements distincts, ils sont toutefois restés isolés (1). Cette exclusion des établissements de l'unité économique et sociale en tant que membres à part entière est pour le moins une solution raisonnable (2).

1 – L'état de la jurisprudence

60. Position traditionnelle de la Cour de cassation – À plusieurs reprises, la Cour de cassation a été amenée à trancher la question du périmètre de l'unité économique et sociale à propos des établissements distincts. Nonobstant quelques rares arrêts isolés allant dans le sens inverse¹⁴⁷, la Haute Juridiction a maintenu sa position en ne permettant pas à des établissements de reconnaître une unité économique et sociale entre eux. Dès les années 1970, avant que ne soit incorporée la notion d'unité économique et sociale au code du travail par l'ancien article L. 431-1, la Cour de cassation refusait qu'il puisse exister une telle unité entre des établissements distincts. Depuis lors, elle a rendu plusieurs arrêts qui confirment sa position jurisprudentielle. Les termes employés par la Cour de cassation sont sans équivoque sur ce point, puisqu'« *un établissement ne pouvait pas constituer une entreprise juridiquement distincte* »¹⁴⁸ au sens de l'article L. 2322-4 du Code du travail. Dans trois arrêts du 13 janvier 1999¹⁴⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle pareillement en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté qu'« *une unité économique et sociale ne peut exister qu'entre des entreprises juridiquement distinctes et non entre les établissements d'une ou de plusieurs entreprises* ».

¹⁴⁷ Un arrêt en date du 18 juillet 2000 a pourtant reconnu une UES entre établissements d'une même entreprise. Mais, cet arrêt de rejet ne faisait l'objet d'« *aucune formule de principe* » comme l'a relevé J. SAVATIER. La Cour de cassation « *fait le bilan de manière synthétique de l'ensemble de la jurisprudence rendu sur la question* » (Rép. soc. Dalloz, V° Comité d'entreprise, 26) des critères de l'UES. Bien qu'elle précise sans équivoque que ce sont des « *entreprises juridiquement distinctes* » qui forment une UES, elle n'avait pas à répondre à la question de l'adéquation possible entre des établissements et une UES. (Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299 p. 236 ; GAD trav. 2004., p. 503 ; D. 2000. IR 235 ; Dr. soc. 2000, p. 1037, obs. J. SAVATIER ; RJS 2000, n° 1107 ; Bull. Joly Sociétés 2000, p. 975). La solution rendue par cet arrêt n'a pas été réitérée par la suite.

¹⁴⁸ Cass. soc. 2 avr. 1996, n° 95-60.665

¹⁴⁹ Cass. soc. 13 janv. 1999, n° 97-60.782, n° 97-60.783, n° 97-60.784, Bull. civ. V n° 20 ; RJS 1999, n° 230

61. Les situations – La question de la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre établissements distincts est susceptible d'être posée dans trois types de situations. Il y a tout d'abord la question de sa reconnaissance à l'intérieur d'une même entreprise. Sur ce point, la Cour de cassation a tranché. « *Cette notion d'unité économique et sociale ne saurait s'appliquer à deux établissements distincts d'une même société ou, comme en l'espèce, à l'un de ses établissements et à sa direction centrale du personnel* » précise la Haute Juridiction dans son arrêt du 17 décembre 1984¹⁵⁰. Une unité économique et sociale ne peut exister à un niveau infra-entreprise. Au contraire, c'est une notion qui s'applique au niveau de plusieurs entreprises, dont les liens tissés entre elles sont telles qu'elles forment ensemble une seule et même entreprise au regard du droit du travail.

Au niveau de différentes entreprises, la question de la reconnaissance d'une UES se pose alors. Là encore, la Cour de cassation a eu à se positionner sur ce point. Une unité économique et sociale ne peut pas être reconnue entre établissements d'entreprises distinctes. Le jugement du tribunal d'instance qui avait admis la désignation d'« *un délégué syndical commun à trois établissements dépendant de sociétés distinctes* » est ainsi cassé et annulé dans toutes ses dispositions par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 janvier 1999¹⁵¹. Seules les sociétés distinctes pouvaient entraîner la reconnaissance d'une unité économique et sociale à leur niveau.

Enfin, la question de la reconnaissance d'une UES aurait pu être tranchée différemment s'agissant de l'existence d'une unité économique et sociale entre une société et l'établissement d'une autre société. Mais, la présence d'une personne morale au sein de l'UES en voie de reconnaissance ne suffit pas à la reconnaissance de l'UES. Ceci a été affirmé dans un arrêt de principe du 21 novembre 1990¹⁵², la chambre sociale de la Cour de cassation cassant le jugement ayant « *reconnu l'existence d'une unité économique et sociale entre la société Udelec et l'établissement de Surgères de la Société alsacienne de constructions mécaniques de Mulhouse (SACM)* ». Chaque membre à part entière de l'unité économique et sociale doit être pourvu de la personnalité morale.

62. Le périmètre comme préalable à la vérification des critères – La Cour de cassation, en maintenant sa jurisprudence sur ce point, fait une lecture stricte de l'article

¹⁵⁰ Cass. soc. 17 déc. 1984, Bull. civ. V, n° 494

¹⁵¹ Cass. soc. 13 janv. 1999, préc.

¹⁵² Cass. soc. 21 nov. 1990, Bull. civ. V n° 578 ; RJS 1991 n° 44 ; Cass. soc. 2 avr. 1996, Bull. civ. V, n° 20 ; RJS 1996, n° 555

L. 2322-4 du Code du travail. Les établissements ne peuvent pas être partie à l'UES puisqu'ils ne constituent qu'une subdivision de l'entreprise juridiquement distincte. Ils sont dépourvus de l'autonomie juridique exigée pour être admis au sein d'une UES. Quand bien même les critères de l'unité économique et de l'unité sociale seraient remplis, le seul fait de ne pas être une personne juridiquement distincte devrait en principe suffire à empêcher la reconnaissance d'une UES¹⁵³. La question du périmètre de l'unité économique et sociale constitue en règle générale de la part de la Cour de cassation un préalable à la reconnaissance de l'UES¹⁵⁴. Dans les arrêts portant sur la question du périmètre de l'UES, la Cour de cassation n'envisage pas une sorte de « *compensation* » entre le périmètre défaillant, eu égard à la présence d'établissements, et les critères présents. L'absence de la qualité de personnes morales attachées aux membres éventuels d'une UES rend impossible la reconnaissance d'une UES.

2 – La justification de la solution jurisprudentielle

63. Notion fonctionnelle – L'établissement distinct n'est qu'un découpage interne de l'entreprise en droit du travail. Lorsque la situation particulière de l'entreprise l'exige, l'entreprise peut en effet être amenée à se scinder en établissements distincts pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Un effectif important et des conditions de travail qui ne sont pas les mêmes pour l'ensemble du personnel expliquent la présence d'au moins deux établissements distincts au sein d'une entreprise. Mais, l'établissement distinct ne devient pas pour autant le cadre de mise en place de l'ensemble des représentants du personnel.

En l'absence de définition légale de l'établissement, c'est la Cour de cassation qui a dégagé les contours de la notion. La chambre sociale de la Haute Juridiction estimait jusqu'à l'arrêt du 6 janvier 2011¹⁵⁵ que la « *notion d'établissement distinct présente un caractère à la fois fonctionnel et relatif* »¹⁵⁶. La notion variait en fonction de l'institution mise en place. Le

¹⁵³ L'arrêt du 18 juillet 2000 va à l'encontre de cette analyse en admettant une UES entre plusieurs établissements distincts. Mais, il s'agit d'un arrêt isolé de la Cour de cassation sur ce point (Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, préc.).

¹⁵⁴ Cass. soc. 13 janv. 1999, préc. ; Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, Bull. civ. V, n° 150 ; D. 2002, p. 3119 ; JCP G 2002, p. 2240 ; JCP E 2002, p. 1875 ; Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1044 ; RJS 2002, n° 835 ; Semaine sociale Lamy, 2002, n° 1076, p. 12 ; Dr. soc. 2002, p. 720

¹⁵⁵ Cass. soc. 6 janv. 2011, n° 10-18.205, Dr. soc. 2011. 414 ; RDT 2011. 255, obs. I. ODOUL-ASOREY ; D. 2011. 245 ; JCP S 2011, n° 11, p. 12 ; Cah. soc. barreau Paris 2011, p. 97 ; RJS 2011, p. 222 ; JSL 2011, n° 294, 26 ; JCP G 2011, p. 173

¹⁵⁶ Cass. soc. 19 juin 1985, n° 84-60.914, Bull. civ. V, p. 254 ; B. BOUBLI, « L'établissement distinct, une notion fonctionnelle et relative », JSL 2005, n° 164-1

périmètre de l'établissement distinct n'était donc pas nécessairement le même pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel. La reconnaissance d'un établissement distinct pour le comité d'entreprise n'entraînait pas nécessairement la reconnaissance d'un tel établissement pour les délégués du personnel ou pour les délégués syndicaux. À chaque institution, au regard de ses caractéristiques propres, s'appliquait une définition spécifique. Aujourd'hui, il n'y a toujours pas une seule et même définition de l'établissement distinct pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel¹⁵⁷. Mais, tandis qu'auparavant, l'établissement distinct au sens des délégués du personnel correspondait pratiquement à l'établissement au sens des délégués syndicaux, la jurisprudence opère « *un alignement de l'établissement accueillant le délégué syndical avec celui qui permet la mise en place d'un comité d'établissement* »¹⁵⁸. L'établissement pour les délégués syndicaux et le comité d'établissement suppose une autonomie suffisante, une implantation géographique distincte et un certain caractère de stabilité¹⁵⁹. Un représentant de l'employeur doté de réels pouvoirs décisionnels doit être présent au niveau de cet établissement, alors qu'il n'en rien dans le cadre de l'établissement au sens des délégués syndicaux. Ce dernier se caractérise par « *une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications* »¹⁶⁰.

On remarque ainsi qu'il n'y a pas une seule et même définition de l'établissement distinct. C'est une notion souple, appelée à être utilisée pour permettre à une institution représentative du personnel d'être utile et efficace à un niveau donné, et ceci dans un temps donné. La perte de la qualité d'établissement distinct entraîne la suppression du comité d'établissement, mais n'entraîne pas le licenciement des salariés rattachés à cet établissement. Une nouvelle répartition des effectifs est simplement effectuée à leur égard. En présence de ces caractéristiques, il apparaîtrait difficile et inopportun de reconnaître une UES au niveau des établissements distincts. La notion d'établissement distinct étant fonctionnelle, il n'apparaît pas facile de permettre la reconnaissance d'une UES à ce niveau.

¹⁵⁷ « *S'agit-il d'un abandon de la conception fonctionnelle de l'établissement distinct ? Nous ne le pensons pas* », c'est en ces termes que Franck Petit commente les arrêts de la Cour de cassation rendus à propos de l'établissement distinct (F. PETIT, « *Le périmètre de l'établissement distinct* », Dr. soc. 2012, p. 979).

¹⁵⁸ F. PETIT, *Ibid.*

¹⁵⁹ Concl. C. MAUGÜE ss CE, 27 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 938 ; V. en ce sens CE, 29 juin 1973, n° 77-982, Dr. soc. 1974, p. 42 ; CE, 26 juill. 1996, n° 142-444 et n° 153-952.

¹⁶⁰ Cass. soc. 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Bull. civ. V, n° 141

A l'instar des établissements distincts, les pôles économiques ne peuvent pas non plus former une unité économique et sociale si les personnes qui les composent sont dépourvues de la personnalité morale .

B – LES PÔLES ÉCONOMIQUES

64. Position traditionnelle de la Cour de cassation – Dans deux arrêts, rendus avec vingt ans d'intervalle, la Cour de cassation énonce deux solutions contraires. Après avoir accepté, dans un premier temps, qu'il puisse y avoir une UES au niveau des pôles économiques, elle se refuse à réitérer sa solution, dans un second temps. Aujourd'hui, les pôles économiques sont clairement exclus de l'UES par la Cour de cassation **(1)**. Pour qu'une UES puisse être reconnue au niveau d'un secteur d'activités, la seule solution consiste alors à filialiser ces activités **(2)**.

1 – Les pôles économiques exclus de l'UES

65. Arrêt du 6 juillet 1982 – La position de la Haute Juridiction concernant le périmètre de l'UES ne semble souffrir d'aucune exception. Un arrêt isolé, antérieur aux lois Auroux qui avaient consacré l'UES, a pourtant fait preuve d'audace en acceptant une dérogation à la règle. L'arrêt du 6 juillet 1982¹⁶¹ rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation énonce, par une formulation dépourvue d'ambiguïté, que « *si, en principe, c'est au niveau de l'entreprise que doit s'apprécier l'existence d'une unité économique et sociale justifiant une communauté d'institutions de représentation du personnel, il n'en est pas nécessairement ainsi quand l'unité alléguée est limitée à un secteur de production de ces entreprises* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet qu'il faille faire prévaloir la règle. Le périmètre de l'UES se fait d'abord au niveau de l'« *entreprise* », entendue ici comme juridiquement distincte. Mais, par exception, l'UES peut être reconnue au niveau de l'établissement, en l'espèce entre une société et l'établissement d'une autre société, lorsque c'est un secteur de production qui est concerné. Cet arrêt va au-delà des structures juridiques pour englober la réalité économique et sociale.

¹⁶¹ Cass. soc. 6 juill. 1982, n° 81-60.947, Bull. civ. V, n° 455

66. Arrêt du 7 mai 2002 – La teneur de l'énoncé de cet arrêt n'a pas été réitérée par la suite. Vingt ans plus tard, dans un arrêt du 7 mai 2002¹⁶², la possibilité a été donnée à la Cour de cassation d'envisager à nouveau cette exception à la règle. Mais, la Cour n'a pas souhaité déroger à la règle fixée par l'ancien article L. 431-1 du Code du travail, malgré la position de l'avocat général à la Cour de cassation, M. Lyon-Caen, favorable à une nouvelle jurisprudence en matière de secteurs d'activités¹⁶³. Dans ses conclusions, Pierre Lyon-Caen insiste sur la nécessité de « *conserver à l'UES sa nature essentiellement pragmatique, réaliste, non formaliste* », ce qui permettrait de faire figurer dans le périmètre de l'UES des établissements qui se consacrent au même pôle économique – celui de l'eau, « *qu'en tant qu'ils sont représentés par la société Vivendi dont ils dépendent étroitement* ».

L'arrêt du 7 mai 2002 concerne un groupe de sociétés important, le groupe Vivendi. Ce dernier regroupe des activités diverses, telles les télécommunications, la musique, le cinéma, la télévision, la distribution d'eau, l'assainissement. Ce qu'entendait faire le groupe Vivendi, c'était de regrouper l'ensemble de ses activités de distribution d'eau et d'assainissement au sein d'une UES. Un accord est signé en ce sens le 28 avril 2000 en vue de « *reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale, dénommée « Générale des eaux », entre, d'une part, quarante-six sociétés, filiales de la Compagnie générale des eaux et, d'autre part, dix-huit établissements régionaux et une partie de l'établissement « Siège » de la société Vivendi* ». Cet arrêt vient sanctionner un jugement du tribunal d'instance de Paris du 27 novembre 2000, lequel reprend en substance la formulation donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 juillet 1982¹⁶⁴ et se réfère à la solution rendue par la Cour à cette époque en énonçant « *qu'une société et un établissement dépendant d'une autre société peuvent alors former une unité économique et sociale* ». L'arrêt du 7 mai 2002 casse cette décision dans un attendu de principe relativement bref. La Cour de cassation énonce « *qu'il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels* ». Le tribunal d'instance a donc violé l'article L. 431-1 du Code du travail¹⁶⁵.

¹⁶² Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, préc.

¹⁶³ P. LYON-CAEN, « Une unité économique et sociale peut-elle comporter dans son périmètre des sociétés filiales et des établissements de la société mère ? », Semaine sociale Lamy, 2002, n° 1076, p. 12

¹⁶⁴ « *si c'est en principe au niveau des entreprises que doit s'apprécier l'existence d'une unité économique et sociale, il n'en est pas nécessairement ainsi lorsque l'unité alléguée est limitée à un secteur de production de ces entreprises* », TI Paris, 27 nov. 2000, RJS 2001, n° 311

¹⁶⁵ Aujourd'hui, C. trav. art. L. 2322-4

La Haute Juridiction apporte, en l'espèce, des précisions sur le sens à donner aux termes d'« *entreprises juridiquement distinctes* »¹⁶⁶. La Cour de cassation modifie la formulation de l'article de loi en visant des « *personnes juridiquement distinctes* ». Ce changement de terminologie n'est alors pas nouveau de la part de la Cour de cassation¹⁶⁷. Le véritable apport de cet arrêt porte en revanche sur la fin de l'attendu de principe. Pour la Cour de cassation, l'UES doit être reconnue au niveau des personnes juridiques¹⁶⁸ qui doivent intégrer dans l'UES l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels. « *C'est donc une vision globale des sociétés concernées qui est ici imposée.* »¹⁶⁹ Une société intégrée à une UES emporte avec elle tous ses établissements et tous ses salariés. Il n'est dès lors pas possible pour une société de scinder celle-ci en différents établissements en vue d'éviter à ses établissements de faire partie de l'UES et de bénéficier ainsi d'une représentation par le comité d'entreprise de l'UES. Tous les établissements et tous les salariés d'une société partie à une UES sont assurés d'être protégés par cette reconnaissance de l'UES, laquelle entraînera nécessairement des élections de représentants du personnel¹⁷⁰. L'application de cette jurisprudence de la Cour de cassation justifie de connaître la qualité d'employeur de la personne juridique pour intégrer l'ensemble de ses salariés à l'UES. Cette solution protectrice à l'égard des salariés vaut pour les deux modes légaux de reconnaissance de l'UES, à savoir lorsque celle-ci se fait « *par convention ou par décision de justice* ».

67. Conclusion – La Cour de cassation refuse de revenir sur sa jurisprudence bien établie. L'arrêt du 6 juillet 1982 reste dès lors un arrêt isolé, rendu, qui plus est, avant l'adoption des lois Auroux du 28 octobre 1982. La règle posée par la loi, à l'ancien article L. 431-1 du Code du travail, aujourd'hui article L. 2322-4 du Code du travail, ne souffre d'aucune exception. Les établissements, de même que les pôles économiques, ne peuvent pas être parties prenantes à une UES. Si la Cour de cassation avait admis d'exclure la personne morale de l'UES, alors que celle-ci détient le pouvoir de direction sur l'ensemble de ses salariés, et notamment ceux des établissements inclus dans l'UES, c'est une UES dépourvue

¹⁶⁶ Les auteurs ont, par ailleurs, noté que les critères de reconnaissance d'une UES étaient « *apparemment respectés* » en l'espèce (V. notamment, Cass. soc. 7 mai 2002, préc. D. 2002, p. 3120, obs. d'I. DESBARATS). C'est autour d'un même pôle économique que les sociétés et établissements en cause étaient rassemblés. La seule vérification des critères ne permet donc pas de reconnaître effectivement une UES. Le respect du périmètre fixé par la jurisprudence suivant une lecture stricte de la loi est un préalable nécessaire.

¹⁶⁷ Cass. soc. 26 avr. 2000, n° 99-60.031 ; Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00- 60.048, Bull. civ. V, n° 173 ; Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-60.535, Bull. civ. V, n° 196

¹⁶⁸ Les établissements voulant intégrer une UES doivent donc le faire par l'entremise de la personne morale dont ils font partie. J. SAVATIER, « Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour un secteur d'activité d'un groupe de sociétés », Dr. soc. 2002, p. 715

¹⁶⁹ Cass. soc. 7 mai 2002, préc.

¹⁷⁰ Cass. soc. 26 mai 2004, Dr. soc. 2004, p. 915, obs. J. SAVATIER

d'une direction complète qui serait apparue. Les représentants du personnel n'auraient alors pas eu d'interlocuteur pouvant répondre efficacement à leurs attentes¹⁷¹.

2 – La filialisation d'un secteur d'activités

68. La recherche de la filialisation d'activités – La seule solution envisageable dès lors pour les sociétés qui souhaitent faire reconnaître une UES par secteur d'activités consiste à veiller à ce que toutes les parties susceptibles d'intégrer l'UES soient bien des « *entreprises juridiquement distinctes* ». Si tel n'est pas le cas pour certaines d'entre elles, il faut dès lors que la société filialise ses établissements pour qu'ils deviennent des personnes juridiques¹⁷². « *L'UES, imaginée pour lutter contre la filialisation d'activités, devra rechercher cette filialisation pour pouvoir se maintenir* »¹⁷³. Mais, si la société employeur ne fait pas partie de l'UES en tant que personne juridique distincte, et ne souhaite pas que certains de ses établissements soient parties prenantes à l'accord sur l'UES, il lui suffira de refuser une telle filialisation. C'est la société employeur qui en fin de compte choisit quelles sont les structures, jusqu'à lors simples établissements et susceptibles d'être filialisées, qui vont devenir des « *entreprises juridiquement distinctes* », et seront ainsi parties à une UES. Cette solution contredit la philosophie attachée à l'UES. L'UES peut être reconnue par accord entre employeur et représentants du personnel et ceci à l'unanimité. Il y a donc une véritable égalité entre les deux parties. Or, cette égalité n'est-elle pas dès lors faussée si, avant même toute négociation, l'employeur permet à l'UES d'exister en décidant de filialiser ou non certains de ses établissements ? Au-delà de ces stratégies particulières de l'employeur, le recours à la filialisation pour pouvoir reconnaître une UES pose ainsi question par rapport aux origines de la notion.

Tant pour la loi que pour la jurisprudence, l'UES constitue un rassemblement de plusieurs personnes juridiquement distinctes. Mais, le simple fait de regrouper des personnes juridiques ne permet pas de reconnaître une UES. Si ces personnes constituent déjà un groupe au sens du comité de groupe, il ne peut être reconnu une UES. Pour qu'une UES puisse

¹⁷¹ En ce sens, la Cour de cassation précise que « *l'unité économique nécessite la présence, en son sein, de l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des personnels inclus dans l'unité sociale* », Cass. soc. 23 mai 2000, D. 2000, inf. rap. p. 207 ; Dr. soc. 2000, p. 852, concl. P. LYON-CAEN et obs. J. SAVATIER.

¹⁷² Obs. ss Cass. soc. 7 mai 2002, RJS 2002, n° 835

¹⁷³ B. SAINTOURENS, note ss Cass. soc. 7 mai 2002, Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1047

exister, il faut que son périmètre se distingue de celui du groupe au sens de comité de groupe. Il faut donc que les personnes juridiques forment en réalité une même entreprise.

Chapitre 2

LE REGROUPEMENT DE PERSONNES JURIDIQUES DISTINCTES DU GROUPE

69. Deux réalités différentes – L'unité économique et sociale constitue le regroupement de plusieurs personnes juridiques. Mais, la seule présence de plusieurs personnes juridiques ne suffit pas à valider le périmètre de l'UES. En effet, le regroupement des personnes morales en une UES ne doit pas correspondre au regroupement de personnes constitutives d'un groupe, doté d'un comité de groupe. Il ne peut pas y avoir une UES dès lors qu'un groupe existe déjà à ce niveau. La jurisprudence se refuse ainsi à admettre la compatibilité de la notion d'unité économique et sociale et de celle de groupe¹⁷⁴. L'UES ne constitue pas juridiquement un groupe¹⁷⁵. Elle est assimilable à l'entreprise en droit du travail¹⁷⁶. Or, le rassemblement de plusieurs personnes juridiques ne peut pas être à la fois considéré comme étant une entreprise, à travers la notion d'UES, et un groupe. L'existence d'un groupe empêche dès lors de reconnaître une UES à ce niveau-là. Le groupe, au sens de comité de groupe, constitue véritablement un frein à la reconnaissance d'une unité économique et sociale (**Section 1**).

En revanche, la notion d'UES a tout lieu de s'exprimer dès lors qu'il n'y a pas eu de reconnaissance préalable de groupe, au sens de comité de groupe. Dans une telle hypothèse, pour un même périmètre, il est possible de reconnaître soit un groupe soit une unité économique et sociale. Les partenaires sociaux et les dirigeants sociaux doivent, pour ce faire, opérer un choix entre les deux. Il leur faut contrebalancer les avantages et les inconvénients de l'un et de l'autre pour choisir le rassemblement le plus approprié (**Section 2**).

¹⁷⁴ Cass. soc. 20 octobre 1999, n° 98-60.398, Bull. civ. V, n° 391

¹⁷⁵ TI Puteaux, 16 juillet 2009, N° RG : 11-09-000535

¹⁷⁶ Cass. soc. 14 février 2001, n° 99-60.435

Section 1

La reconnaissance impossible d'une UES en présence d'un groupe

70. Incompatibilité des deux notions à un même niveau – La présence d'un groupe, au sens de comité de groupe, ne permet pas aux personnes juridiques qui composent ce groupe d'être réunies en tant qu'unité économique et sociale¹⁷⁷. La jurisprudence pose comme principe l'impossible reconnaissance de l'UES au niveau du groupe¹⁷⁸. Quand bien même ces personnes auraient toutes la personnalité juridique et pourraient être considérées comme étant une unité à la fois économique et sociale, elles ne peuvent former une UES. Par la seule présence du groupe, la reconnaissance d'une UES à ce niveau ne peut se faire. L'UES et le groupe constituent deux notions qui ne peuvent se confondre à un même niveau (§ 1).

71. Compatibilité des deux notions à un niveau différent – En revanche, une compatibilité entre les deux notions semble possible à des niveaux différents. À un niveau inférieur du groupe, la reconnaissance d'une UES est envisageable. L'UES, considérée comme une entreprise en droit du travail, constitue une entreprise parmi d'autres entreprises dans le groupe (§ 2).

§ 1 – L'IMPOSSIBLE RECONNAISSANCE DE L'UES AU NIVEAU DU GROUPE

72. La différence entre l'UES et le groupe – L'unité économique et sociale et le groupe ne peuvent pas exister à un même niveau. La présence d'un groupe empêche la reconnaissance d'une UES entre les mêmes personnes juridiques. Pour la jurisprudence, ces deux notions sont distinctes. Elles n'ont pas la même finalité **(A)**. Il en résulte une incompatibilité des deux notions, chacune révélant des réalités différentes qui ne peuvent se superposer **(B)**.

¹⁷⁷ Bien avant la position de la jurisprudence sur les rapports entre le comité de groupe et l'UES, Gilles Bélier avait déjà pointé la concurrence existant entre l'UES et le comité de groupe (G. BELIER, « Mise en place et attributions du comité de groupe : de l'unité économique et sociale à la directive Vredeling », Dr. soc. 1983, p. 439)

¹⁷⁸ Cass. soc. 20 octobre 1999, n° 98-60.398, Bull. civ. V, n° 391

A – DEUX NOTIONS DISTINCTES

73. Le périmètre d'institutions du personnel différentes – Le groupe et l'unité économique et sociale sont deux périmètres distincts qui n'ont ni le même sens ni les mêmes finalités. Le groupe, tel que défini par la loi, est reconnu pour permettre la mise en place d'une institution représentative du personnel spécifique, le comité de groupe¹⁷⁹. Il se distingue fortement de l'unité économique et sociale, dont les critères sont précisés par la jurisprudence, et qui permet principalement aux trois institutions représentatives du personnel que sont le comité d'entreprise, les délégués du personnel et les délégués syndicaux d'être mises en place. Ainsi, le groupe est distinct de l'unité économique et sociale **(1)** et les institutions propres à chaque périmètre ne peuvent ni se confondre ni être réunies à un même niveau **(2)**.

1 – Le groupe distinct de l'unité économique et sociale

74. Notion de groupe – Le comité de groupe constitue une institution représentative du personnel qui n'apparaît que dans l'hypothèse dans laquelle un groupe est reconnu au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Le groupe fait l'objet d'une définition légale qui permet de cerner avec exactitude les contours de ce périmètre. Le groupe se compose d'une entreprise dite dominante et d'entreprises dominées. L'entreprise est considérée comme dominante à partir du moment où elle exerce un contrôle sur d'autres entreprises « *dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce* »¹⁸⁰. Les entreprises dominées peuvent ainsi correspondre à la définition de filiales au sens du droit des sociétés¹⁸¹, à celle de sociétés contrôlées¹⁸², mais

¹⁷⁹ Le Code du travail ne vise pas directement le groupe au sens de comité de groupe. Dans son livre troisième portant sur les institutions représentatives du personnel (C. trav. art. L. 2331-1 jusqu'à L. 2335-1), il consacre le titre troisième au « *comité de groupe* ». Le Code du travail définit la notion de groupe lorsqu'elle précise dans quel cadre est mis en place le comité de groupe.

¹⁸⁰ C. trav. art. L. 2331-1

¹⁸¹ « *Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première.* », C. trav., art. L. 233-1.

¹⁸² « *I. - Une société est considérée, (...), comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. III. - (...), deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.* », C. trav. art. L. 233-3, I et III

également à celle de sociétés pouvant faire l'objet de comptes consolidés¹⁸³. En visant expressément trois articles du Code de commerce, la notion de groupe en droit du travail s'inspire fortement de la notion de groupe de sociétés telle qu'entendue par le droit des sociétés. Dans une large mesure, le groupe, au sens de comité de groupe, correspond au groupe de sociétés, au sens du droit des sociétés.

Il n'y a pas pour autant d'assimilation totale entre le groupe, au sens de comité de groupe, et le groupe de sociétés¹⁸⁴. La notion de groupe, telle que définie par l'article L. 2331-1 du Code du travail, prend en considération les particularités du droit du travail¹⁸⁵. Le groupe existe en effet dès lors qu'une entreprise exerce « *une influence dominante* » sur d'autres entreprises. Pour ce faire, l'entreprise dominante doit détenir « *au moins 10% du capital* » de l'entreprise dominée et il faut que « *la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique* »¹⁸⁶. Le groupe est ainsi entendu de façon le plus large possible. Il correspond à un grand nombre de situations, allant d'une participation financière certes relativement faible mais avec une forte influence exercée par d'autres moyens jusqu'au véritable contrôle exercé par une société-mère sur ses filiales par une participation financière forte. La reconnaissance d'un groupe, au sens de comité de groupe, s'en trouve facilitée. Le comité de groupe est dès lors susceptible d'être mis en place dans un grand nombre de cas.

¹⁸³ « I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies. II. - Le contrôle exclusif par une société résulte : 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ; 2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ; 3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord. IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. », C. trav. art. L. 233-16

¹⁸⁴ D. PLANTAMP, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail », D. 1991, p. 69

¹⁸⁵ « L'approche en grande partie originale par rapport aux autres conceptions du droit privé est justifiée par la prise en compte de la finalité des comités de groupe. L'organe créé par l'article L. 439-1 (aujourd'hui article L. 2331-1 du Code du travail) ne constitue pas une technique de contre-pouvoir mais une institution dont l'objet est d'assurer la circulation de l'information dans les entreprises à structure complexe », D. PLANTAMP, art. préc.

¹⁸⁶ C. trav. art. L. 2331-1 II

75. L'unité économique et sociale – La notion d'unité économique et sociale ne correspond pas à cette définition. L'étude des critères de l'unité économique et sociale permet de dire qu'il n'y a pas nécessairement une entreprise dominante et des entreprises dominées pour qu'une UES soit reconnue. La loi vise uniquement la présence d'« *entreprises juridiquement distinctes* »¹⁸⁷. La loi ne précise pas quel type de rapports doivent entretenir ces entreprises entre elles. Il n'y a pas nécessairement de rapports financiers entre elles. Au contraire, ce sont des personnes juridiques qui sont tellement proches les unes des autres, économiquement et socialement, qu'elles forment une seule unité au regard du droit du travail. Si la jurisprudence considère l'unité économique et sociale comme un groupe¹⁸⁸, cela ne signifie pas que cette unité doive fonctionner comme un groupe. Au contraire, « *ce groupe s'efface une fois l'UES reconnue* »¹⁸⁹. Il s'agit d'une entreprise en droit du travail¹⁹⁰. La présence de plusieurs personnes juridiques au sein de l'unité économique et sociale n'empêche pas de considérer l'UES comme une seule entreprise, un seul ensemble économique et social. Ces personnes juridiques se fondent dans une seule unité au regard du droit du travail. Elles vont devoir fonctionner comme une seule et même entreprise en matière de droit du travail, essentiellement dans le cadre des rapports collectifs de travail¹⁹¹.

Il est certain que les entités juridiques étaient, antérieurement à la reconnaissance de l'UES, considérées comme parfaitement distinctes les unes des autres. Les institutions représentatives du personnel étaient mises en place au niveau de chaque personne morale dès lors que les conditions requises étaient remplies. La reconnaissance de l'unité économique et sociale entraîne un bouleversement, notamment au regard des institutions représentatives du personnel. L'UES, perçue comme une entreprise, oblige à la mise en place des représentants du personnel au niveau de cette nouvelle entreprise¹⁹². À l'inverse, au niveau du groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, seul le comité de groupe est mis en place. Au regard des institutions, le groupe et l'UES se différencient l'un de l'autre.

¹⁸⁷ C. trav. art. L. 2322-4

¹⁸⁸ Cass. soc. 16 octobre 2001, n° 99-44.037, Bull. civ. V, n° 324 ; Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 07-44.200

¹⁸⁹ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 3731

¹⁹⁰ Cass. soc. 16 octobre 2001, n° 99-44.037, préc.

¹⁹¹ B. BOUBLI, « L'UES : Etat des lieux et souhaits de réforme », JSL 2004, n° 150.1

¹⁹² C. trav. art. L. 2322-4

2 – Le comité de groupe distinct des autres institutions représentatives du personnel

76. Mise en place des institutions – Ce ne sont pas les mêmes institutions qui sont installées selon qu'il s'agit d'un groupe ou d'une unité économique et sociale. Le comité de groupe ne peut être mis en place qu'au niveau d'un groupe¹⁹³. Il n'existe pas dans toute entreprise au sens du droit du travail. Ce groupe est constitué de plusieurs entreprises. Au niveau de chacune de ces entreprises, les institutions représentatives du personnel en place jusqu'alors demeurent¹⁹⁴. Il n'y a pas de modification dans l'organisation des représentants du personnel. Le comité de groupe ne vient pas remplacer les autres institutions « classiques » qui existent au niveau de chaque entreprise. Les délégués du personnel, les délégués syndicaux et les comités d'entreprises continuent d'exercer leur mission dans le même périmètre qu'auparavant, à savoir au niveau des entreprises ou des établissements distincts¹⁹⁵.

Il n'en est rien lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue. Sa reconnaissance entraîne au contraire un bouleversement dans la représentation institutionnelle¹⁹⁶. Les trois institutions représentatives du personnel, présentes en général au niveau des entreprises, sont concernées par la reconnaissance d'une unité économique et sociale. Elles vont exercer leur mission dans un nouvel espace. Cet espace peut correspondre au périmètre de l'UES, entendue comme entreprise. Les élections se font alors dans le cadre de l'UES et non dans celui de chacune des sociétés formant l'UES¹⁹⁷. Mais, il est également possible que des établissements distincts soient reconnus au sein d'une UES¹⁹⁸. Dans ce cas-là, l'élection a lieu dans chacun des établissements.

77. Missions des institutions – S'agissant des attributions dévolues aux institutions, celles du comité de groupe et du comité d'entreprise sont complémentaires. Le comité de groupe n'a pas de rôle à jouer au niveau des entreprises. Il vient en effet se rajouter à ces

¹⁹³ C. trav. art. L. 2331-1

¹⁹⁴ « Les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des entreprises du groupe et à partir des résultats des dernières élections » (C. trav. art. L. 2333-2). Le comité de groupe se compose de représentants du personnel des différentes entreprises du groupe. Ces représentants sont issus des comités d'entreprise tels qu'ils existent depuis les dernières élections. La reconnaissance du groupe n'entraîne pas de nouvelles élections des représentants du personnel, à l'inverse de la reconnaissance d'une UES.

¹⁹⁵ C. trav. art. L. 2312-1 pour l'élection des délégués du personnel ; C. trav. art. L. 2327-1 pour l'institution des comités d'établissement ; C. trav. art. L. 2143-5 pour les délégués syndicaux d'établissement.

¹⁹⁶ C. trav. art. L. 2322-4 pour le comité d'entreprise ; Cass. soc. 3 juillet 1985, n° 85-60.060, Dr. soc. 1986, p. 18 pour les délégués syndicaux

¹⁹⁷ Cass. soc. 7 juillet 2004, n° 03-60.144

¹⁹⁸ « la constatation de l'existence d'une UES n'empêche pas la reconnaissance en son sein d'établissements distincts » décide la Cour de cassation (Cass. soc. 20 mars 2002, n° 01-60.090). Autre exemple, Cass. soc. 7 juillet 2004, préc.

institutions, non pas au niveau de chaque entreprise, mais au niveau du groupe afin de permettre à l'information de circuler de manière optimale entre les différentes entreprises constituant le groupe. Le comité de groupe doit permettre aux différents comités d'entreprise qui exercent, dans le cadre de leurs activités économiques, leur mission d'information et de consultation au niveau de chaque entreprise¹⁹⁹ d'obtenir des informations ciblées et utiles portant sur le groupe. Il reçoit des informations, notamment, « *sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles* », « *dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent* »²⁰⁰. L'ensemble de ces informations est ainsi transmis à chaque comité d'entreprise qui peut alors exercer sa mission en ayant entre ses mains des données économiques complètes et utiles²⁰¹. Le comité de groupe constitue un appui pour les comités d'entreprises. Ceci explique qu'il n'y ait pas d'élection spécifique des membres du comité de groupe par les salariés des différentes entreprises. Le comité de groupe rassemble des « *représentants du personnel des entreprises constituant le groupe* »²⁰². Certains membres des comités d'entreprise sont ainsi amenés à se réunir une fois par an avec le chef de l'entreprise dominante²⁰³. Le fait d'être déjà membre du comité d'entreprise leur permet d'être au fait des informations sociales et économiques portant sur l'entreprise dont ils sont issus et de savoir quelles sont les informations qui leur seront nécessaires pour mener à bien leur propre mission.

S'agissant de l'UES, les règles portant sur la représentation du personnel et applicables à toute entreprise en droit du travail s'appliquent à elle. Selon le législateur, « *la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* »²⁰⁴ une fois l'UES reconnue. Ce comité d'entreprise commun aux personnes juridiques composant l'UES exerce pleinement ses missions. C'est un comité d'entreprise « *à part entière* »²⁰⁵. De la même manière, les délégués du personnel et les délégués syndicaux²⁰⁶, mis en place au niveau de l'UES ou de ses établissements distincts, mènent à bien les missions qui leur sont dévolues par la loi au même titre que les institutions représentatives du personnel qui exercent dans le cadre d'une société

¹⁹⁹ C. trav. art. L. 2323-1 et s.

²⁰⁰ C. trav. art. L. 2332-1

²⁰¹ « *Il faut que les salariés des entreprises concernées, par l'intermédiaire de leurs représentants, puissent disposer d'une information économique complète sur le groupe et les différentes sociétés qui le composent* », Circ. min. n° 6, 28 juin 1984, BO Trav. 1984, n° 31

²⁰² C. trav. art. L. 2333-1

²⁰³ C. trav. art. L. 2334-2

²⁰⁴ C. trav. art. L. 2322-4

²⁰⁵ V. *supra*, n° 308.

²⁰⁶ V. *supra*, n° 307

par exemple²⁰⁷. Dans le cadre de l'UES, les représentants du personnel exercent leurs attributions de la même manière que dans toute entreprise en droit du travail. Au contraire, dans le cadre du groupe, le comité de groupe vient seconder les comités d'entreprises. Il ne remplace pas les institutions présentes dans une entreprise. Non seulement distinctes l'un de l'autre, le groupe et l'UES apparaissent également incompatibles à un même niveau²⁰⁸.

B – DEUX NOTIONS INCOMPATIBLES

78. L'état de la jurisprudence – La définition du groupe permet à un nombre important d'entreprises d'intégrer un groupe. En fin de compte, les critères légaux du groupe, bien que fortement détaillés, apparaissent moins exigeants que les critères jurisprudentiels de l'UES. Alors que les critères permettant la reconnaissance d'un groupe sont uniquement des critères économiques, l'UES exige une vérification des aspects économiques et des aspects sociaux pour être reconnue²⁰⁹. Il en résulte que la recherche de l'unité est plus approfondie. L'UES et le groupe sont bien deux notions distinctes qui révèlent pareillement deux réalités différentes. L'UES présente les caractéristiques d'une entreprise unique²¹⁰ alors que le groupe rassemble plusieurs entreprises²¹¹. La jurisprudence a dès lors posé comme principe l'incompatibilité des deux notions. Cette solution jurisprudentielle est apparue progressivement et ne vaut que depuis un arrêt du 20 octobre 1999 (1). Mais, elle a été confirmée par la suite et se justifie pleinement aujourd'hui au regard de la distinction entre les deux notions (2).

1 – L'évolution jurisprudentielle

79. La jurisprudence antérieure au 20 octobre 1999 – Initialement, la Cour de cassation ne semblait pas faire sienne l'incompatibilité du groupe et de l'UES. La coexistence

²⁰⁷ Cass. soc. 3 juill. 1985, n° 85-60.060, Dr. soc. 1986, p. 18 ; Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 94-60.584, RJS 1995, n° 1254

²⁰⁸ Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, Bull. civ. V, n° 391 ; D. 2000, p. 385 ; RJS 2000, n° 68 ; Dict. perm. Social, 22 nov. 1999, Bull. 669, p. 6858 ; JCP E 2000, p. 944 et p. 980 ; *in* JSL, 1999, n° 46, p. 7 s. obs. M. HAUTEFORT ; LPA, 16 déc. 1999, p. 5, note G. PICCA et A. SAURET ; Semaine sociale Lamy, 1999, n° 954, p. 22 ; Cah. soc. barreau Paris, 2000, S. p. 48 ; Gaz. Pal. 2000, n° 35, p. 12. Arrêt confirmé ensuite, Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 04-60.234, Bull. civ. V, n° 34, RJS 2006, n° 468, Dr. soc. 2006, p. 468.

²⁰⁹ V. *supra*, n° 103.

²¹⁰ Cass. soc. 14 févr. 2001, n° 99-60.435

²¹¹ La loi, à partir du Nouveau Code du travail du 1^{er} mai 2008, vise uniquement « l'entreprise » à travers la notion de groupe, au sens de comité de groupe. V. notamment, C. trav. art. L. 2331-1.

à un même niveau des trois institutions représentatives du personnel présentes au niveau d'une UES et du comité de groupe apparaissait envisageable. La réponse semblait dépendre de l'institution représentative du personnel mise en place au niveau de l'UES. Un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1989 précise ainsi que « *l'existence d'un comité de groupe n'est pas incompatible avec la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale, la finalité de ces institutions étant différente* »²¹². Dans cet arrêt, la Cour de cassation paraît opérer une distinction entre les institutions représentatives du personnel que l'on est susceptible de rencontrer dans une UES. La Cour de cassation précise que dans l'hypothèse où c'est un délégué syndical qui est désigné au sein d'une UES, il n'y a pas d'incompatibilité entre cette désignation et l'existence d'un comité de groupe. La Cour de cassation justifie sa réponse en se fondant sur la distinction de finalité entre ces institutions.

Les délégués syndicaux sont chargés de négocier et de conclure des accords collectifs d'entreprise²¹³ et de présenter des « *revendications tendant à une modification des droits des salariés* »²¹⁴. Ils ne sont pas directement liés au comité de groupe. Celui-ci n'exerce sa mission d'information qu'envers les membres des comités d'entreprises²¹⁵. Dès lors, la coexistence du comité de groupe et des délégués syndicaux peut se justifier. Entre ces deux institutions, il n'y a pas d'empiètement de l'une sur l'autre. Chacune exerce une mission bien spécifique, différente de celle exercée par l'autre.

En ciblant très nettement le « *délégué syndical* » dans son arrêt, la Cour de cassation semble vouloir limiter la coexistence du comité de groupe et d'une institution représentative du personnel au niveau d'une UES au seul délégué syndical. À la lecture de cet arrêt, il n'est pas certain que la solution soit la même pour le comité d'entreprise ou le délégué du personnel. Il faut toutefois noter que le périmètre de l'UES revendiquée dans les faits n'était pas identique à celui du comité de groupe. Seules trois sociétés, sur les douze comprises dans l'UES, formaient entre elles un groupe de sociétés doté d'un comité de groupe. La Cour de cassation ne pose pas clairement comme règle la coexistence possible de ces deux institutions à même niveau. Pour la Cour, certaines des personnes juridiques qui composent une UES

²¹² Cass. soc. 9 mai 1989, Bull. civ. V, n° 346 ; RJS 1989, n° 515 ; RJS 1989, p. 269-270, concl. G. PICCA.

²¹³ C. trav. art. L. 2232-11

²¹⁴ Note J. SAVATIER, ss Cass. soc. 24 mai 1973, D. 1973, p. 599

²¹⁵ L'article L. 2333-2 du Code du travail précise que les représentants du personnel, qui composent le comité de groupe avec le chef de l'entreprise dominante, « *sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des entreprises du groupe et à partir des résultats des dernières élections* ». Les membres du comité de groupe sont par ailleurs membres élus de comités d'entreprises. Les informations fournies au comité de groupe ont donc vocation à être répercutées au niveau des entreprises du groupe par l'intermédiaire de chaque comité d'entreprise.

peuvent être concernées par un comité de groupe. Cet arrêt de la Haute Juridiction révèle implicitement que la réponse donnée à cet arrêt ne peut être réitéré lorsque les faits mettent en avant un périmètre identique entre de telles institutions.

80. L'arrêt du 20 octobre 1999 – La coexistence admise par l'arrêt de 1989 est clairement mise à mal dans un arrêt de principe du 20 octobre 1999²¹⁶, dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation énonce que « *la notion d'unité économique et sociale et celle de comité de groupe sont incompatibles* ». Par cette formulation, fortement critiquée par les auteurs quant à sa forme²¹⁷ et corrigée depuis par la Cour de cassation elle-même²¹⁸, la Haute Juridiction se refuse à accepter la coexistence de l'UES et du groupe. En l'espèce, Mme Moutot est désignée par la CFDT « *en qualité de délégué syndical central de l'unité économique et sociale* » constituée de douze sociétés. Ces dernières saisissent le tribunal d'instance d'une contestation de cette désignation. Tout en relevant « *que l'ensemble de ces sociétés constitue le Groupe André SA, qu'il comprend un comité de groupe* », le tribunal d'instance de Paris 19^e, dans son jugement rendu le 26 mai 1998, décide qu'il existe une UES entre ces sociétés au regard des critères de l'unité économique et de l'unité sociale. Cette décision est cassée par la Cour de cassation qui énonce dans l'arrêt du 20 octobre 1999 que « *en reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale à un niveau où existait déjà un comité de groupe, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés* », à savoir les anciens articles L. 431-1²¹⁹ et L. 439-1²²⁰ du Code du travail. Au niveau du groupe, si un comité de groupe, institution spécifique au groupe, a « *déjà* » été mis en place, il n'est pas possible de procéder à la reconnaissance d'une UES. Pour la jurisprudence, les institutions représentatives du personnel que l'on retrouve dans une UES ne peuvent pas être instituées à partir du moment où un comité de groupe a été constitué au sein d'un groupe d'entreprises. La position

²¹⁶ Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, préc.

²¹⁷ L'UES et le comité de groupe ne peuvent pas être placés sur le même plan, comme le fait ici la Cour de cassation. L'UES « *permet de mettre en place des institutions représentatives du personnel* », tandis que le comité de groupe « *constitue en lui-même une institution représentative* », comm. C. MORIN, « L'incompatibilité du groupe de sociétés et de l'unité économique et sociale », JCP E, 2000, p. 980 ; V. égal. S. NADAL, « *Des effets de la négociation collective sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale* », Rev. dr. trav. 2007, p. 463

²¹⁸ La Cour de cassation confirme « *l'incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe doté d'un comité* » dans son arrêt du 25 janvier 2006, (Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 04-60.234, préc.).

²¹⁹ Aujourd'hui, article L. 2322-4 du Code du travail qui oblige à la mise en place d'un comité d'entreprise commun dès lors qu'une unité économique et sociale est reconnue entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes.

²²⁰ L'ancien article L. 439-1 du Code du travail, aujourd'hui recodifié à l'article L. 2331-1 du Code du travail, permet la reconnaissance du groupe en vue de mettre en place le « *comité de groupe* », seul organe de représentation prévu par le droit du travail à ce niveau-là.

prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 octobre 1999 a été confirmée par la suite²²¹. C'est une solution cohérente au regard des notions d'UES et de groupe.

2 – L'incompatibilité actuelle

81. Jurisprudence constante – Depuis cet arrêt du 20 octobre 1999, la Cour de cassation s'est prononcée à quelques reprises sur la question de la compatibilité du groupe doté d'un comité de groupe et de l'unité économique et sociale. De manière implicite, elle a tout d'abord rappelé cette règle de l'incompatibilité dans un arrêt du 17 décembre 2003²²². Elle précise ainsi que « *la simple annonce de la constitution d'un groupe pouvant inclure les diverses sociétés en cause, ne peut à elle seule faire obstacle à la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre ces sociétés, antérieurement à la mise en place d'un comité de groupe* ». La mise en place d'un comité de groupe n'ayant pas été effective, mais simplement prévue, la reconnaissance d'une UES peut se faire à ce niveau. La Cour de cassation rappelle, de manière indirecte, qu'il ne peut y avoir à un même niveau un groupe doté d'un comité et une UES. Si le comité de groupe avait été mis en place, l'UES n'aurait pas pu être reconnue.

Suite à cet arrêt de 2003, la Cour de cassation s'est prononcée de façon plus explicite sur cette incompatibilité entre l'UES et le groupe dans un arrêt du 25 janvier 2006²²³. En l'espèce, les juges sont partis du principe qu'il y a une « *incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe doté d'un comité* ». Ils en ont tiré comme conséquence que « *leurs périmètres respectifs servant à la mise en place d'institutions représentatives du personnel différentes doivent être comparés à la date de la requête tendant à la reconnaissance de l'unité économique et sociale compte tenu de leur évolution depuis leur mise en place* ». Pour la Cour de cassation, le groupe et l'UES ne peuvent coexister à un même niveau. La reconnaissance préalable d'un groupe empêche la reconnaissance d'une UES entre ces mêmes sociétés. En revanche, si le périmètre du groupe a évolué au fil du temps, la reconnaissance d'une UES peut être envisageable à un niveau inférieur du groupe à condition que le périmètre de l'UES ne corresponde pas à celui du groupe tel qu'il a évolué. Il ne suffit pas de procéder à une simple comparaison entre le périmètre du groupe fixé à l'origine et le périmètre de l'UES souhaitée, ce qui avait été fait par le tribunal d'instance. Il faut prendre en compte l'évolution du groupe et faire une comparaison « *actualisée* » pour

²²¹ Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 04-60.234, préc.

²²² Cass. soc. 17 décembre 2003, n° 02-60.445, Bull. civ. V, n° 321, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 674

²²³ Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 04-60.234, préc.

être certain qu'il n'y ait pas de coexistence entre les deux notions. Une telle comparaison a été faite ultérieurement par le tribunal d'instance qui « *a constaté qu'à la date de la requête le comité de groupe n'avait pas le même périmètre que l'unité économique et sociale revendiquée* »²²⁴. La Cour de cassation, au fil de sa jurisprudence, fixe clairement comme ligne directrice l'incompatibilité entre le groupe et l'UES.

82. Incompatibilité pour les trois institutions du personnel – Aujourd'hui²²⁵, il n'y a pas de compatibilité possible entre l'UES et le comité de groupe au même niveau. Quelle que soit l'institution représentative du personnel mise en place au niveau d'une UES, il n'est pas possible de faire coïncider le périmètre du comité de groupe et de l'UES. Cette solution se justifie au regard de la notion d'UES. C'est une définition unique de l'UES qui est aujourd'hui appliquée par le droit positif, nonobstant l'institution représentative du personnel mise en place²²⁶. La reconnaissance d'une UES permet à l'ensemble des trois institutions représentatives du personnel « *traditionnelles* » d'être mises en place²²⁷. Admettre qu'une UES puisse exister alors qu'il existe déjà un comité de groupe dans un même périmètre aboutirait, par exemple, à faire coexister un comité de groupe et un comité d'entreprise. Il y aurait dès lors une redondance dans les fonctions de ces deux institutions. Le refus de faire coexister le comité de groupe et l'UES révèle à tout le moins que le comité de groupe est institué au niveau d'un groupe d'entreprises alors que l'UES constitue elle-même une entreprise. Le regroupement des mêmes sociétés ne peut pas aboutir à reconnaître à la fois un groupe et une entreprise. Il ne peut s'agir que d'une entreprise, à travers la notion d'UES, ou d'un groupe, permettant au comité de groupe d'être mis en place.

83. Conclusion – Refuser la compatibilité de l'UES et du groupe au sens de comité de groupe permet de faire une distinction appropriée entre les différentes représentations collectives. Au niveau de l'entreprise, représentée par l'UES, ce sont les seules institutions du personnel « *traditionnelles* » qui agissent. Au niveau du groupe, lequel rassemble plusieurs entreprises, c'est le comité de groupe qui est légalement institué pour exercer sa mission. Il y a dès lors une « *stratification des représentations collectives* », qui vient confirmer la place

²²⁴ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-60.165

²²⁵ L'arrêt du 20 octobre 1999 a fait l'objet de confirmation par la jurisprudence ultérieurement. V. Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 04-60.234, préc.

²²⁶ « *la notion d'UES n'est pas relative* », Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413, Bull. civ. V, n° 218 ; Semaine sociale Lamy, n° 1181, p. 10 ; Dr. soc. 2004. 914, obs. J. SAVATIER ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1490

²²⁷ V. *supra*, n° 286.

d'« *entreprise* » qu'occupe l'UES dans un groupe au sens de comité de groupe. En revanche, à un niveau inférieur du groupe, la jurisprudence admet qu'une UES puisse être reconnue.

§ 2 – LA RECONNAISSANCE DE L'UES À UN NIVEAU INFÉRIEUR DU GROUPE

84. La présence de l'UES dans un groupe – La présence d'un groupe doté d'un comité de groupe n'empêche pas la reconnaissance d'une unité économique et sociale à l'intérieur de ce groupe. Pour la jurisprudence, parmi les sociétés du groupe, certaines peuvent former entre elles une unité économique et sociale²²⁸. Lorsque la reconnaissance d'une UES à un niveau inférieur du groupe est effectuée, de nouvelles institutions représentatives du personnel sont alors mises en place au niveau de l'UES. Ces institutions doivent se coordonner avec le comité du groupe présent au niveau du groupe. Il en résulte que l'UES peut être reconnue à l'intérieur d'un groupe **(A)**, mais que sa reconnaissance doit être prise en considération au niveau du groupe **(B)**.

A – L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE INFRA-GROUPE

85. La coexistence de l'UES et du groupe – La notion d'UES peut sans équivoque s'exprimer dans le cadre d'un groupe au sens de comité de groupe. Il n'y a pas d'incohérence entre les deux notions, le groupe et l'unité économique et sociale, dès lors qu'elles ne sont pas utilisées au même niveau. Que ce soit par rapport aux critères requis pour reconnaître une UES **(1)**, ou par rapport aux notions de groupe et d'entreprise **(2)**, il n'y a pas de frein à la reconnaissance d'une UES à un niveau inférieur du groupe.

1 – Les critères de l'UES

86. Notion de groupe au sens du droit des sociétés – La Cour de cassation admet qu'« *un groupe de personnes morales ou physiques* » puisse former une unité économique et sociale. Ce groupe est alors « *constitutif d'une seule entreprise* »²²⁹. Cela ne signifie pas qu'en

²²⁸ Cass. soc. 30 mai 2001, n° 00-60.111

²²⁹ Cass. soc. 16 octobre 2001, n° 99-44.037, Bull. civ. V, n° 324, D. 2000, p. 770

présence d'un groupe de sociétés, au sens du droit des sociétés, il faille nécessairement reconnaître une UES à ce niveau²³⁰. Toutes les sociétés d'un groupe ne sont pas susceptibles d'être incluses dans une UES du seul fait de leur intégration dans un groupe. Il n'y a pas d'amalgame entre les deux notions.

C'est pourtant souvent dans le cadre d'un groupe de sociétés qu'une unité économique et sociale est reconnue. La présence d'un groupe constitue un indice de l'existence d'une unité économique et sociale. Le critère d'une unité économique peut être, en fonction de chaque situation, facilement démontré dans le cadre d'un groupe de sociétés. Les liens financiers unissant ces sociétés entre elles révèlent souvent un pouvoir de direction unique²³¹. Pour autant, les activités des sociétés ne sont pas forcément identiques ou complémentaires. Il n'est pas nécessaire d'exercer la même activité économique pour constituer un groupe de sociétés²³². Il suffit d'avoir une participation financière dans une société et d'exercer le contrôle sur cette société pour former avec elle un groupe de sociétés au sens du droit des sociétés²³³. Mais, si ces activités sont identiques ou complémentaires, nous sommes en présence d'une unité économique. En revanche, le critère de l'unité sociale est plus difficile à satisfaire. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, il n'y a pas de critère tenant aux salariés des entreprises incluses dans le groupe²³⁴. Souvent reconnue dans un groupe de sociétés, l'UES n'a pas nécessairement le même périmètre que le groupe de sociétés.

C'est dans un périmètre plus restreint que celui du groupe de sociétés qu'une UES est susceptible d'être reconnue. Parmi toutes les sociétés intégrées dans un groupe de sociétés, il est possible que certaines d'entre elles exercent la même activité ou des activités complémentaires, agissent sous l'égide d'une même direction et que les différentes communautés de travailleurs ne forment en vérité qu'une seule communauté. Dans ce cas-là, la reconnaissance d'une UES se justifie²³⁵.

²³⁰ Cass. crim. 16 mars 1982, n° 81-90.999, Bull. crim. n° 77

²³¹ Cass. soc. 12 mars 1986, n° 85-60.518, Bull. civ. V, n° 89 ; Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

²³² C. com. art. L. 233-1, art. L. 233-3, art. L. 233-16

²³³ C. com. art. L. 233-1, art. L. 233-3, art. L. 233-16

²³⁴ Les articles du Code de commerce portant sur les groupes de sociétés ne font notamment référence qu'au droit de vote et à la possession de la moitié du capital d'une autre société (C. com. art. L. 233-1, art. L. 233-3, art. L. 233-16). Ils ne font pas référence aux salariés.

²³⁵ C'est ainsi que dans un arrêt du 4 juin 2003, la Cour de cassation admet que soit caractérisée l'existence d'une unité économique et sociale entre deux sociétés alors que la holding opérationnelle du groupe est en dehors de l'unité économique et sociale. La société dirigeant le groupe n'a pas nécessairement à faire partie de l'UES (Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491). Également, reconnaissance d'une UES eu égard aux relations existant au sein d'un groupe de sociétés, entre une société holding et l'une de ses filiales (Cass. soc. 8 févr. 1995, n° 94-60.178).

87. Notion de groupe doté d'un comité – Dans le cadre du groupe, au sens de comité de groupe, la reconnaissance d'une UES est, là encore, susceptible de se faire davantage au niveau infra-groupe. La jurisprudence refuse qu'il puisse y avoir une UES au même niveau que le groupe, au sens de comité de groupe, eu égard à l'incompatibilité qu'il peut y avoir entre le groupe et l'UES²³⁶. Mais, quand bien même la jurisprudence n'aurait pas refusé une UES au niveau d'un groupe, la présence d'une UES aurait eu plus de chances d'être avérée à un niveau inférieur du groupe²³⁷. Le groupe, au sens de comité de groupe, ne révèle que l'existence de liens financiers entre une société dominante et des sociétés dominées²³⁸. La seule présence d'une entreprise dominante et d'entreprises dominées suffit à mettre en place un comité de groupe. À l'inverse, la reconnaissance d'une UES exige la présence d'une unité de direction – présente en général dans le cadre d'un groupe doté d'un comité de groupe – d'une activité identique ou complémentaire – élément qui n'a pas à être satisfait dans le cadre d'un groupe – et d'une communauté de travailleurs – élément qui n'est pas non plus exigé dans le cadre d'un groupe. Le critère de l'unité sociale ayant peu de chances d'être satisfait au niveau d'un groupe au sens de comité de groupe, il est en revanche susceptible d'être présent à un niveau inférieur du groupe.

Entre quelques sociétés du groupe, au sens de comité de groupe, satisfaire au périmètre et aux critères de l'UES semble plus facile. S'agissant du périmètre, la loi précise que le groupe, au sens de comité de groupe, est constitué d'entreprises, lesquelles sont nécessairement juridiquement distinctes²³⁹ eu égard aux références faites au Code de commerce²⁴⁰. Une UES peut donc être retenue au niveau de ces entreprises. S'agissant des critères de l'UES, l'existence d'un comité de groupe révèle en général la présence d'une unité de direction. À un niveau infra-groupe, la présence d'une activité identique ou complémentaire et d'une unité sociale est possible. Reconnaître une UES à l'intérieur d'un groupe au sens de comité de groupe est judicieux. L'UES constitue une entreprise parmi d'autres entreprises au sein d'un groupe.

²³⁶ Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, Bull. civ. V, n° 391 ; D. 2000, p. 385 ; RJS 2000, n° 68 ; Dict. perm. Social, 22 nov. 1999, Bull. 669, p. 6858 ; JCP E 2000, p. 944 et p. 980 ; JSL, n° 46, 18 nov. 1999, p. 7 s, obs. M. HAUTEFORT ; LPA, 16 déc. 1999, p. 5, note G. PICCA et A. SAURET ; Semaine sociale Lamy, n° 954, p. 22 ; Cah. soc. barreau Paris, 2000, S. p. 48

²³⁷ Rép. soc. Dalloz, V° Comité d'entreprise, 26

²³⁸ C. trav. art. L. 2331-1 et s.

²³⁹ Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-60.048 ; Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-60.535 ; Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, *Vivendi*

²⁴⁰ C. trav. art. L. 2331-1

2 – L’UES, une entreprise dans le groupe parmi d’autres entreprises

88. Solution jurisprudentielle – La jurisprudence s’est prononcée, de manière explicite, sur la question de la reconnaissance possible d’une UES à l’intérieur d’un groupe. C’est ainsi que dans un arrêt du 30 mai 2001²⁴¹, la Cour de cassation dispose que « *le tribunal d’instance a décidé à bon droit que l’existence d’un comité de groupe couvrant l’ensemble des sociétés du groupe dont faisaient partie les sociétés Hôtel Concorde et SNC des restaurants du Palais des Congrès n’excluait pas la mise en place d’un comité central d’entreprise commun à ces deux dernières sociétés* ». En l’espèce, la question de la reconnaissance d’une UES ne portait que sur deux sociétés parmi les sociétés du groupe. Il n’était pas envisagé de reconnaître une UES entre toutes les sociétés du groupe. Pour la Cour de cassation, le groupe au sens de l’article L. 2331-1 du Code du travail n’empêche pas la notion d’UES d’exister. La Cour de cassation admet une coexistence envisageable entre le comité de groupe et un comité central d’entreprise mis en place au niveau d’une UES. Ceci est accepté eu égard aux niveaux différents d’implantation des instances de représentation. Une UES peut être reconnue parmi les entreprises qui forment un groupe dès lors qu’elle ne vise que certaines entreprises du groupe.

89. La fraude – En revanche, la Cour de cassation refuse clairement que l’UES infra-groupe soit modulée par les syndicats pour échapper à la règle de l’incompatibilité entre le comité de groupe et l’UES à un même niveau. L’existence d’une fraude est ainsi caractérisée par le tribunal qui a constaté « *qu’un comité de groupe avait été mis en place par accord pour suivre l’évolution du groupe, le périmètre de l’ancienne unité économique et sociale étant devenu trop étroit, et que les syndicats avait délibérément exclu l’une des sociétés du périmètre de l’unité économique et sociale revendiquée pour faire échec à l’incompatibilité existant entre ce comité de groupe et une unité économique et sociale de même périmètre* »²⁴². Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme que la règle de l’incompatibilité ne vaut pas dès lors que le groupe et l’UES sont reconnus à des niveaux différents. Mais, pour ce faire, il n’est pas possible de décider de ne pas intégrer une société dans l’UES alors que cette société était susceptible de faire partie de l’UES au regard des critères de l’UES. Si toutes les sociétés d’un groupe doté d’un comité de groupe peuvent constituer entre elles une UES, il faut s’abstenir de reconnaître une UES. Il n’est pas envisageable d’opérer un choix parmi les sociétés du groupe pour reconnaître une UES entre quelques sociétés.

²⁴¹ Cass. soc. 30 mai 2001, n° 00-60.111, préc.

²⁴² Cass. soc. 16 avril 2008, n° 07-60.348

90. L'UES considérée comme une entreprise – Lorsqu'elle s'accorde à dire qu'une UES peut exister au sein d'un groupe²⁴³, la Haute Juridiction tend à considérer l'UES comme une entreprise dans un groupe doté d'un comité de groupe. Ceci se justifie au regard de la législation portant sur le comité de groupe. La loi utilise expressément le terme d'« *entreprise* » lorsqu'elle fixe le périmètre du groupe au sens de comité de groupe. Le groupe est formé, soit d'une « *entreprise dominante* » et d'« *entreprises qu'elle contrôle* », soit d'« *une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% du capital* »²⁴⁴. Dans tous les cas, la structure dominante et les structures dominées sont des « *entreprises* ». Or, pour la jurisprudence, l'UES constitue une entreprise en droit du travail²⁴⁵. La mise en œuvre de la notion d'unité économique et sociale dans le cadre d'un groupe ne pose dès lors pas de difficultés au regard de la loi. L'UES est composée des personnes juridiquement distinctes qui font partie de ce groupe. Les liens qu'elles ont tissés entre elles sont tellement forts qu'elles sont considérées par la jurisprudence comme une seule et même entreprise. Cette entreprise, nommée « *unité économique et sociale* », est reconnue au regard du droit du travail²⁴⁶ et notamment au regard du droit de la représentation du personnel²⁴⁷. Sa reconnaissance entraîne dès lors des conséquences sur le fonctionnement du groupe, ou plus exactement, sur le fonctionnement du comité de groupe. À côté des autres entreprises qui font partie du groupe, l'UES tient lieu d'entreprise en droit du travail, ce qui pose la question de l'incidence de cette reconnaissance sur le comité de groupe.

B – LA COMPLÉMENTARITÉ DU COMITÉ DE GROUPE ET DES COMITÉS D'ENTREPRISE

91. La mise en place d'un comité d'entreprise commun – En principe, la composition d'un comité de groupe est fixée par rapport aux entreprises incluses dans le groupe. La réunion de plusieurs d'entre elles en une seule entreprise est susceptible d'entraîner certaines conséquences sur le fonctionnement du comité de groupe. Sur ce point, il faut distinguer le comité d'entreprise des délégués du personnel et syndicaux. Le comité

²⁴³ Cass. soc. 30 mai 2001, n° 00-60.111, préc.

²⁴⁴ C. trav. art. L. 2331-1

²⁴⁵ Pour une illustration, Cass. soc. 14 février 2001, n° 99-60.435 : « *l'UES constitue une entreprise pour la désignation des délégués syndicaux* ».

²⁴⁶ V. *supra*, n° 329 et s.

²⁴⁷ V. *supra*, n° 276 et s.

d'entreprise reconnu au niveau de l'UES doit coexister avec le comité de groupe, tandis que les délégués ne sont pas concernés par la présence d'un comité de groupe.

La jurisprudence exige de l'employeur qu'il organise de nouvelles élections dès lors qu'une UES est reconnue entre plusieurs personnes juridiquement distinctes²⁴⁸. Les élections des institutions représentatives du personnel doivent se faire dans le nouveau périmètre que constitue l'UES. Le fait que l'UES soit à l'intérieur d'un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail ne permet pas à l'employeur de déroger à cette règle. Ces nouvelles élections entraînent obligatoirement la mise en place d'un « *comité d'entreprise commun* »²⁴⁹ aux personnes qui composent l'UES²⁵⁰. Il n'y a plus qu'un comité d'entreprise alors qu'il y avait auparavant vraisemblablement plusieurs comités d'entreprises.

92. La prise en compte du comité d'entreprise par le comité de groupe – Considérée comme une entreprise en droit du travail et dotée d'un comité d'entreprise, l'UES est alors susceptible de participer au comité de groupe par l'intermédiaire de ses représentants. S'il s'avère que l'UES est uniquement constituée d'entreprises incluses dans le groupe, la question peut se poser de savoir à partir de quel moment la reconnaissance de l'UES est prise en compte dans la composition du comité de groupe. Selon l'alinéa 3 de l'article L. 2331-2 du Code du travail, « *lorsque le comité de groupe est déjà constitué, toute entreprise qui établit avec l'entreprise dominante, de façon directe ou indirecte, les relations définies à l'article L. 2331-1, est prise en compte pour la constitution du comité de groupe lors du renouvellement de celui-ci* ». Dans le cadre de l'UES, il ne s'agit pas d'une nouvelle entreprise, jusqu'à présent extérieure au groupe, et qui devient entreprise dominée. L'UES est composée d'entreprises qui faisaient toutes partie du groupe. Mais, l'UES est malgré tout considérée comme une nouvelle entreprise²⁵¹. Les personnes juridiques distinctes qui la composent se fondent en elle pour l'application du droit du travail. Lors du renouvellement du comité de groupe, il peut alors être constaté qu'il n'y a plus plusieurs entreprises dominées mais une seule qui a pris leur place. La jurisprudence, semble-t-il, ne s'est pas positionnée sur ce point. Mais, sur le fondement de l'article L. 2331-2 du Code du travail, il est probable que,

²⁴⁸ « la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées », Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935

²⁴⁹ C. trav. art. L. 2322-4

²⁵⁰ Il faut toutefois noter qu'il n'y a pas forcément qu'un comité d'entreprise commun au niveau d'une UES. Des établissements distincts peuvent être reconnus au sein d'une UES. Si au moins deux établissements distincts sont reconnus dans cette UES, ils disposent chacun d'un comité d'établissement (Cass. soc. 7 juill. 2004, n° 03-60.144). Au niveau de l'UES, un comité central d'entreprise est alors mis en place.

²⁵¹ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 58

suite à la reconnaissance d'une UES, le comité de groupe ne sera modifié dans sa composition qu'à l'occasion de son renouvellement²⁵².

S'il apparaît, en revanche, que l'UES reconnue n'est pas uniquement composée d'entreprises incluses dans un groupe au sens de comité de groupe, la prise en compte de l'UES par le comité de groupe devient plus délicate. Dans une telle situation, le périmètre de l'UES va au-delà du seul groupe au sens de comité de groupe. L'UES réunit en son sein deux sortes de personnes juridiques. Certaines d'entre elles sont déjà intégrées dans un groupe au sens de comité de groupe. Et, d'autres sont complètement extérieures à ce groupe. La jurisprudence a eu l'occasion de se positionner sur cette question. La Cour de cassation refuse qu'il puisse y avoir des représentants de l'UES, issus des sociétés extérieures au groupe, au comité de groupe²⁵³. En l'espèce, le salarié de la SBE qui a été désigné comme membre remplaçant au comité de groupe « *ne pouvait être valablement désigné au comité de groupe* » puisque la SBE n'appartenait pas au groupe. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne refuse pas une représentation de l'UES au niveau du comité de groupe. Bien qu'intégrant d'autres personnes juridiques que celles du groupe, l'UES peut être représentée au comité de groupe en tant qu'entreprise. Mais, il ne faut pas que cette représentation soit faite par une personne extérieure au groupe. Le salarié d'une société ne faisant pas partie du groupe ne peut pas prendre part au comité de groupe.

Le législateur précise bien de quelle manière est composé le comité de groupe : « *le comité de groupe est composé du chef de l'entreprise dominante, assisté de deux personnes de son choix ayant voix consultative et de représentants du personnel des entreprises constituant le groupe* »²⁵⁴. Les représentants sont nécessairement issus des entreprises qui constituent le groupe. Dans le cadre d'une UES formée à partir de personnes juridiques qui intègrent le groupe et d'autres qui sont extérieures au groupe, il n'est pas possible d'assimiler pleinement l'UES à une entreprise constituant le groupe. Seule une partie de l'UES est perçue comme une entreprise par le groupe. Les personnes juridiques qui étaient déjà intégrées au groupe constituent ensemble une entreprise. Le représentant de cette entreprise est dès lors salarié de l'une de ces personnes juridiques.

²⁵² « La désignation des représentants du personnel au comité de groupe a lieu tous les quatre ans. Toutefois, un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise, selon le cas, peut fixer une durée du mandat des représentants du personnel aux comités de groupe comprise entre deux et quatre ans », C. trav. art. L. 2333-3.

²⁵³ Cass. soc. 23 sept. 1992, n° 91-60.116

²⁵⁴ C. trav. art. L. 2333-1

Lorsqu'il existe un comité de groupe, la reconnaissance d'une UES est plus ou moins restreinte. Il faut tenir compte de la présence de ce comité avant d'envisager de reconnaître une unité économique et sociale. À l'inverse, lorsqu'il n'existe pas encore de comité de groupe, mais que les conditions requises pour configurer un groupe sont *a priori* présentes, se pose la question de la reconnaissance éventuelle d'une unité économique et sociale. L'UES doit-elle toujours s'effacer au bénéfice d'un éventuel comité de groupe ?

Section 2

La reconnaissance possible d'une UES en l'absence de groupe

93. L'exercice d'un choix en amont – Imaginons l'hypothèse dans laquelle nul groupe, au sens de comité de groupe, n'a été reconnu entre différentes entreprises. En l'absence de comité de groupe, il n'y a pas, *a priori*, de frein à la reconnaissance d'unité économique et sociale entre ces entreprises dès lors qu'elles sont juridiquement distinctes et que les critères de l'UES sont satisfaits. Le périmètre légal de l'UES est, dans ce cas-là, pleinement respecté et ne se trouve pas restreint par le comité de groupe.

Mais, s'il s'avère que les conditions requises pour reconnaître une UES entre différentes personnes juridiquement distinctes semblent satisfaites et que, par ailleurs, certaines personnes ont des liens financiers tels que les conditions fixées à l'article L. 2331-1 sont également remplies, il faut alors savoir comment trancher entre l'article L. 2331-1 du Code du travail et l'article L. 2322-4 du Code du travail. Pour la Cour de cassation, dans une telle hypothèse, les parties intéressées peuvent choisir entre le comité de groupe et l'UES (§1). Ce choix s'effectue alors selon certaines modalités (§2).

§ 1 – LE CHOIX À OPÉRER ENTRE L’UES ET LE GROUPE

94. Contrôle par la Cour de cassation – La Cour de cassation s’est prononcée sur cette problématique lors de demandes de reconnaissance d’une UES. De manière récurrente, elle vérifie d’abord qu’il n’existe pas déjà de comité de groupe (1), pour ensuite clairement indiquer que le choix peut se faire en faveur du comité de groupe ou de l’UES (2).

1 – L’absence préalable de comité de groupe

95. Simple projet de comité de groupe – La Cour de cassation opère un examen des institutions représentatives du personnel en place pour pouvoir se prononcer sur l’éventuelle reconnaissance d’une UES. Dès lors qu’il n’y a pas de comité de groupe installé de manière effective, il est possible de procéder à la reconnaissance judiciaire ou conventionnelle d’une UES. La Cour de cassation précise sur ce point que *« la simple annonce de la constitution d’un groupe pouvant inclure les diverses sociétés en cause, ne peut à elle seule faire obstacle à la reconnaissance d’une unité économique et sociale entre ces sociétés »*²⁵⁵. Le simple projet de mise en place d’un comité de groupe équivaut à une absence de comité de groupe, ce qui laisse la place à la reconnaissance d’une UES. Par conséquent, la Cour de cassation vérifie dans un premier temps qu’il n’y a pas de comité de groupe en place avant d’examiner la demande en reconnaissance d’une UES.

96. Absence de toute institution représentative du personnel – Un arrêt du 4 avril 2007²⁵⁶ de la chambre sociale de la Cour de cassation vient toutefois jeter le trouble en la matière. Jusqu’à lors, la Cour de cassation faisait une comparaison entre le comité de groupe et l’unité économique et sociale pour savoir s’il était possible de mettre en place une UES. L’absence de comité de groupe devait permettre la reconnaissance éventuelle d’une UES.

Or, dans cet arrêt de 2007, la Cour de cassation semble comparer l’UES à toute institution représentative du personnel. Elle dispose ainsi qu’*« ayant relevé qu’à la date de la requête introductive d’instance, aucune instance représentative commune aux sociétés du groupe n’était en place, le tribunal d’instance a pu décider de statuer sur la demande de reconnaissance d’une unité économique et sociale. »* A priori, la Cour de cassation permet à

²⁵⁵ Cass. soc. 17 déc. 2003, n° 02-60.445, Bull. civ. V, n° 319

²⁵⁶ Cass. soc. 4 avr. 2007, n° 06-60.188, Rev. dr. trav. 2007, p. 463

l'UES d'être reconnue du fait de l'absence de comité de groupe. À l'instar du raisonnement tenu dans l'arrêt du 17 décembre 2003²⁵⁷, la Cour de cassation procède en deux temps. Elle vérifie d'abord que le tribunal d'instance a effectivement relevé qu'il n'y avait pas déjà d'institution au niveau du groupe, pour ensuite admettre l'éventuelle reconnaissance d'une UES. Mais, dans cet arrêt-ci, la Cour de cassation ne fonde pas sa solution sur les dispositions de l'article L. 2331-1 et suivants du Code du travail et elle ne vise pas directement le comité de groupe. Elle emploie les termes plus généraux d'« *instance représentative commune aux sociétés du groupe* ». La Cour de cassation semble admettre qu'un organe de représentation commun à plusieurs entreprises, issu d'une négociation, puisse « *écarter l'appréciation judiciaire concernant l'existence d'une UES* »²⁵⁸. Or, par le jeu de la négociation, il est possible de mettre en place d'autres instances de représentation que le comité de groupe²⁵⁹.

Les Hauts magistrats ont-ils la volonté d'écarter la reconnaissance d'une UES à partir du moment où un organe commun de représentation est mis en place même s'il ne s'agit pas d'un comité de groupe ? Si tel était le cas, il deviendrait plus difficile de configurer une UES. La reconnaissance d'une UES ne serait pas uniquement paralysée par la présence d'un comité de groupe. Toute autre instance de représentation empêcherait le juge d'instance de statuer sur une demande de reconnaissance. Toutefois, il faut noter que cet arrêt est un arrêt inédit. Il n'a été ni confirmé ni infirmé depuis. Il faudra donc attendre que la Cour de cassation ait l'opportunité de se positionner sur cette question pour voir si c'est un arrêt isolé ou pas.

Nonobstant cette dernière question, dès lors qu'il n'y a aucun comité de groupe mis en place, c'est un véritable choix qui est laissé aux parties entre, d'un côté, le comité de groupe et, de l'autre côté, l'unité économique et sociale.

2 – L'exercice d'un choix

97. Le libre choix entre l'UES et le groupe – Au niveau de plusieurs entreprises, lorsqu'il n'y a pas de groupe configuré et que, par voie de conséquence, aucun comité de groupe n'a été mis en place, la reconnaissance d'une unité économique et sociale en lieu et place du groupe semble être possible. Il peut apparaître, d'une part, qu'au sens de l'article L. 2331-1 du Code de travail, le rassemblement d'entités puisse correspondre à la réalité d'un

²⁵⁷ Cass. soc. 17 décembre 2003, n° 02-60.445, préc.

²⁵⁸ S. NADAL, « Des effets de la négociation collective sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale », Rev. dr. trav. 2007, p. 463

²⁵⁹ S. NADAL, art. préc.

groupe et, d'autre part, qu'au sens de l'article L. 2322-4 du Code du travail, il puisse également s'agir d'une unité économique et sociale. Ne pouvant admettre la coïncidence des périmètres d'un groupe et d'une UES, la Cour de cassation semble opter pour l'exercice d'un choix entre ces deux « *structures* »²⁶⁰.

C'est ainsi que dans un arrêt du 4 février 1987²⁶¹, les Hauts magistrats ont décidé que le tribunal d'instance avait justifié sa décision en reconnaissant une unité économique et sociale alors que le pourvoi entendait faire valoir les conditions requises pour mettre en place un comité de groupe. En l'espèce, la question était clairement posée de savoir quel article appliquer entre l'article L. 412-12 du Code du travail²⁶² et l'article L. 439-1 du Code du travail²⁶³ à l'égard de plusieurs sociétés ayant de fortes relations entre elles. Pour la Chambre sociale, « *le tribunal d'instance a relevé les éléments de fait desquels il découlait que les relations entre les sociétés susnommées dépassaient le contrôle effectif par une société dominante des autres sociétés ou l'appartenance des unes et des autres à un même ensemble économique, ce qui aurait pu justifier la mise en place d'un comité de groupe* ». Les conditions requises par l'ancien article L. 439-1 du Code du travail étaient donc satisfaites et auraient pu donner lieu à la mise en place d'un comité de groupe.

Mais, dans le même temps, les relations présentaient « *dans une étroite dépendance d'activités, une unité de direction et une communauté de personnels assujettis à la même convention collective et bénéficiant d'avantages sociaux similaires* ». La Cour de cassation a ici relevé les critères de l'unité économique et sociale. Ceux-ci étant satisfaits, le tribunal d'instance pouvait donc répondre favorablement à la demande de reconnaissance de l'unité économique et sociale. Au regard des faits de l'espèce, la mise en place d'un comité de groupe était envisageable tout comme la reconnaissance d'une UES entraînant la mise en place des institutions représentatives adéquates. Choisir entre le comité de groupe et l'UES demande alors beaucoup de réflexion et de rigueur de la part des parties intéressées.

²⁶⁰ C. MORIN, « L'incompatibilité du groupe de sociétés et de l'unité économique et sociale », JCP E 2000, p. 980

²⁶¹ Cass. soc. 4 févr. 1987, n° 86-60.291, n° 86-60.295 ; V. également, Cass. soc. 22 oct. 1984, n° 83-63.121, Bull. civ. V, n° 395

²⁶² C. trav. art. L. 2143-5 donnant la possibilité aux syndicats représentatifs de désigner un délégué syndical central d'entreprise

²⁶³ C. trav. art. L. 2331-1 et s. portant sur le comité de groupe

§ 2 – LES MODALITÉS D’EXERCICE DU CHOIX PAR LES PARTIES

98. Les interrogations possibles – Les parties, lorsqu’elles sont amenées à faire un choix entre le groupe et l’unité économique et sociale, peuvent le faire par voie judiciaire ou conventionnelle **(1)**. Dans tous les cas, il leur faut répondre à la question suivante : doit-on configurer un groupe permettant la mise en place d’un comité de groupe, les comités d’entreprise existant étant satisfaisants ou alors doit-on remodeler l’ensemble du groupe pour reconnaître une UES et modifier en conséquence l’organisation des instances de représentation ? C’est au regard de la finalité des institutions représentatives du personnel mises en place que les parties sont aptes à faire le choix le plus judicieux **(2)**.

1 – Les modes de reconnaissance du groupe ou de l’UES

99. Les deux voies envisageables – Qu’il s’agisse de reconnaître une unité économique et sociale ou de mettre en place un comité de groupe, la loi offre la possibilité aux parties intéressées d’utiliser la voie conventionnelle ou la voie judiciaire. L’article L. 2322-4 du Code du travail vise ainsi la reconnaissance d’une UES « *par convention ou par décision de justice* » tandis que l’article L. 2333-5 du Code du travail vise la constitution d’un comité de groupe « *soit à la suite d’un accord des parties intéressées, soit, à défaut, par une décision de justice* ».

S’agissant de la voie judiciaire, celle-ci n’est en général actionnée qu’en cas de désaccord entre les parties. Il y a alors une demande faite auprès du juge de reconnaître une UES ou de permettre la mise en place d’un comité de groupe. En cas de demande portant sur l’UES, le juge vérifie que les conditions requises sont satisfaites. Il en fait de même en cas de demande de constitution d’un comité de groupe. Le juge ne tranche pas à proprement parler entre l’UES et le comité de groupe. Il ne décide pas si, au regard des faits de l’espèce, il est plus opportun de reconnaître une UES ou de mettre en place un comité de groupe²⁶⁴. Lorsqu’une demande de reconnaissance d’une UES est faite auprès de lui il y répond favorablement dès lors que les critères sont satisfaits sans avoir « *à s’expliquer sur les avantages que présenterait cette reconnaissance* »²⁶⁵.

²⁶⁴ Cass. soc. 17 mars 1983, n° 82-60.403, Bull. civ. V, n° 176

²⁶⁵ Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521

S'agissant de la voie conventionnelle, elle peut être très intéressante pour décider ce qui sera le plus judicieux à retenir pour les salariés des entreprises. Lorsque les parties intéressées se réunissent pour négocier d'un nouveau cadre de représentation institutionnelle, il est important qu'elles examinent de près le choix qui s'offre à elles. Soit les parties configurent le groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail en vue de mettre en place un comité de groupe. Soit les parties reconnaissent une unité économique et sociale en vue de mettre en place les instances de représentation possibles dans le cadre d'une UES. Il est probable que le choix s'effectue au regard de la finalité de chacune des institutions représentatives du personnel pouvant être mises en place au niveau du groupe ou de l'UES. Il n'y a pas de solution unique face à une telle problématique. Chaque situation est spécifique et appelle des réponses adéquates.

2 – La finalité des instances de représentation

100. Le choix *a priori* pertinent de l'UES – Choisir entre l'UES et le comité de groupe revient plus exactement à choisir entre le comité d'entreprise et le comité de groupe. Les autres institutions qui peuvent être mises en place au niveau d'une UES ne sont pas concernées par cette problématique. Ni les délégués du personnel ni les délégués syndicaux n'ont d'attributions « *en concurrence* » avec celles du comité de groupe. Si un comité de groupe est constitué, ces institutions restent en place au niveau de chaque entreprise du groupe comme c'était le cas auparavant. De même, si une UES est reconnue au niveau du groupe, les parties devront organiser de nouvelles élections pour les délégués du personnel²⁶⁶ et de nouveaux délégués syndicaux pourront être désignés²⁶⁷. Dans tous les cas, ces institutions sont mises en place au niveau opportun.

C'est au regard du niveau d'implantation du comité d'entreprise que la question du choix entre l'UES et le groupe peut se poser. De prime abord, le comité d'entreprise, institué au niveau de l'UES peut apparaître fortement plus utile que le comité de groupe. Il est à la fois organe d'information et de consultation en matière économique²⁶⁸ et organe de gestion en matière sociale et culturelle²⁶⁹. Le comité de groupe n'apparaît alors que comme simple

²⁶⁶ Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.517, Dr. soc. 1998, p. 1050, note J. SAVATIER

²⁶⁷ Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.014 ; Cass. soc. 18 déc. 2000, n° 99-60.456

²⁶⁸ C. trav. art. L. 2323-1 et s.

²⁶⁹ C. trav. art. L. 2323-83 et s.

organe d'information au niveau du groupe. Il ne fait que recevoir des informations économiques et n'est en aucune façon consulté directement sur la politique du groupe²⁷⁰.

101. L'éventuel choix judiciaire du groupe – Et, pourtant, le rôle du comité de groupe n'est pas anodin loin s'en faut. Cette institution permet à l'ensemble des comités d'entreprise et des comités d'établissement, mis en place au plus proche des pouvoirs décisionnels « *locaux* » d'avoir des informations utiles et complètes concernant le groupe. Le pouvoir des comités d'entreprise se voit ainsi renforcé. De plus, alors que pour la mise en place du comité de groupe, on s'appuie sur les institutions déjà en place pour simplement ne rajouter qu'un niveau supplémentaire aux institutions déjà présentes, la reconnaissance d'une UES peut entraîner un chamboulement important au niveau des institutions représentatives du personnel. De nouvelles élections doivent avoir lieu²⁷¹ sans que, pour autant, une meilleure protection des droits des salariés en soit garantie.

Face à l'existence d'un tel choix, la confrontation entre l'UES et le groupe peut parfois se révéler difficile pour l'UES. Le fait de donner la possibilité de choisir entre l'UES et le groupe, c'est-à-dire entre l'entreprise et le groupe d'entreprises, révèle le caractère éphémère de l'entreprise en droit du travail. L'UES-entreprise n'existe pas de manière absolue. C'est la volonté de choisir son instance de représentation qui justifie la reconnaissance de l'UES. L'UES-entreprise devient un moyen pour les institutions représentatives du personnel de s'exprimer.

102. Conclusion – Dans ce premier titre, une part importante a été donnée à l'examen des premiers arrêts de la Cour de cassation portant sur la notion d'« *unité économique et sociale* ». Il apparaît nettement, à la lecture de ces arrêts très instructifs, que les points de repères fixés par la jurisprudence durant ces premières années constituent des lignes toujours efficaces et utiles aujourd'hui. Sur certains points, il y a eu très peu de changements depuis les années 1970. L'UES était initialement un regroupement de personnes morales et ceci n'a pas évolué depuis lors. Il est certain que, dans les premiers temps, le lien entre l'UES et l'entreprise était clairement affiché. Dans un même arrêt, les termes d'« *unité économique et sociale* » et d'« *entreprise* » pouvaient être utilisés comme synonymes. Il y avait une

²⁷⁰ Les articles L. 2332-1 et L. 2332-2 du Code du travail, seuls articles portant sur les attributions du comité de groupe, visent uniquement « *les informations* » que doit recevoir le comité de groupe.

²⁷¹ « *la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées* » décide la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; JSL, 2004, n° 148, 14, obs. J-E. TOURREIL ; RJS 2004, n° 936, 2^e esp. ; Dr. soc. 2004, p. 915, obs. J. SAVATIER ; RJS 2004, n° 936).

assimilation entre l'entreprise et l'UES. Aujourd'hui, le lien entre l'UES et l'entreprise n'est certes plus aussi clairement affiché par les juges, mais pour autant, ce rapport étroit entre les deux demeure toujours. La notion d'UES renvoie indéniablement, s'agissant de ses conditions tout du moins, à la notion d'entreprise. Les contours de l'UES sont ceux d'une entreprise selon le degré d'indépendance existant entre les personnes morales appelées à intégrer une UES. Si cette indépendance est trop forte, il n'y a pas de possibilité de reconnaître une UES puisque les caractéristiques d'une entreprise ne peuvent être relevées. En revanche, si l'indépendance due à la personnalité juridique attachée à chaque société est contrebalancée par une relation étroite entre personnes morales, la reconnaissance d'une UES peut être envisagée. L'UES constitue ainsi une forme d'entreprise en droit du travail, mais qui diffère du groupe au sens de comité de groupe. Alors que le groupe rassemble des entreprises, l'UES constitue elle-même une entreprise parmi d'autres. Cependant, il ne suffit pas que l'UES soit constituée de différentes personnes morales et qu'elle ne soit pas mise en place à un niveau où existe déjà un groupe au sens de comité de groupe pour qu'elle soit reconnue. Encore faut-il que les critères de l'unité économique et sociale soient satisfaits.

Titre II

LES CRITÈRES

DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

103. Réunion de deux critères – Pour pouvoir reconnaître une UES entre plusieurs personnes juridiquement distinctes, il faut, en principe, satisfaire à deux critères : l'unité économique et l'unité sociale. Ces critères de reconnaissance de l'UES sont aujourd'hui les mêmes pour l'ensemble des représentants du personnel, qu'il s'agisse de la mise en place d'un comité d'entreprise, de délégués du personnel ou de délégués syndicaux²⁷². Ce sont deux critères cumulatifs qui apportent un nouveau regard sur la notion d'entreprise en droit du travail. La jurisprudence déduit de ce caractère cumulatif des critères que le défaut d'unité économique ne nécessite pas la recherche de l'unité sociale²⁷³. De la même manière, lorsque l'unité sociale n'est pas caractérisée, il n'y a pas lieu de procéder à l'examen de l'unité économique²⁷⁴. En tout état de cause, la démonstration de l'unité économique ne peut pas pallier l'absence de démonstration de l'unité sociale²⁷⁵. Il n'y a pas, dans ce cas, d'unité économique et sociale.

La jurisprudence pose toutefois une exception à la règle des deux critères de reconnaissance de l'UES. La recherche de ces critères n'a pas lieu d'être lorsque la fraude est caractérisée. Un arrêt du 29 avril 1985²⁷⁶ de la chambre sociale de la Cour de cassation précise qu'« *ayant ainsi caractérisé la fraude par le fait de laquelle ces entreprises*

²⁷² Par le passé, la Cour de cassation estimait que la notion d'UES était appréciée différemment selon l'institution représentative du personnel mise en place. On parlait alors de notion relative. Ainsi, « *la notion d'unité économique et sociale n'obéit pas à des critères uniformes pour chacune des institutions représentatives du personnel ou des syndicats* », Cass. soc. 7 juin 1984, n^{os} 83-60.927 et 83-60.928. Depuis deux arrêts de 1988 (Cass. soc. 24 mars 1988, Bull. civ. V, n^o 214 ; Cass. soc. 5 mai 1988, Bull. civ. V, n^o 273), la notion d'UES est appréciée pareillement pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel.

²⁷³ Ceci est précisé par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 décembre 1985 : « *ayant ainsi caractérisé l'absence d'unité économique entre ces entreprises, le tribunal d'instance, qui n'avait dès lors pas à rechercher s'il existait entre elles une unité sociale, a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision* », Cass. soc. 5 déc. 1985, n^o 84-60.994, Bull. civ. V, n^o 574.

²⁷⁴ Cass. soc. 7 juill. 1999, n^o 98-60.291 ; Cass. soc. 6 mars 2002, n^o 01-60.011 ; Cass. soc. 8 nov. 2006, n^o 06-60.010.

²⁷⁵ « *En statuant par ce seul motif, qui caractérisait seulement l'aspect économique des relations entre les éléments du même ensemble, sans relever aucune circonstance de nature à établir l'existence d'une communauté de travailleurs constitutive d'une unité sociale, le tribunal d'instance n'a pas légalement justifié sa décision* », Cass. soc. 23 juill. 1980, n^o 80-60.041, Bull. civ. V, n^o 681

²⁷⁶ Cass. soc. 29 avr. 1985, Dr. soc. 1986, p. 11

juridiquement distinctes n'étaient que des fictions destinées à masquer la réalité d'une entreprise unique, [le tribunal] n'était pas tenu de spécifier chacun des éléments constitutifs de celle-ci ». Hormis l'hypothèse de fraude, la reconnaissance d'une UES suppose la réunion de deux éléments : l'unité économique (**CHAPITRE 1**) et l'unité sociale (**CHAPITRE 2**).

Chapitre 1

LA RECHERCHE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE

104. Conditions cumulatives et nécessaires – La notion d'« *unité économique* » se compose de deux éléments. La Cour de cassation, lorsqu'elle exerce un contrôle de la régularité des motifs, vérifie que le tribunal d'instance a bien constaté « *une concentration des pouvoirs de direction* »²⁷⁷ et « *une identité ou une complémentarité des activités* »²⁷⁸ pour pouvoir reconnaître une unité économique. L'unité économique ne peut pas être caractérisée lorsque le juge du fond constate uniquement la présence d'activités identiques ou complémentaires. L'absence de direction unique empêche la reconnaissance d'une UES malgré l'existence d'activités complémentaires. La Cour de cassation pose ainsi clairement comme règle que « *la seule circonstance que les activités soient identiques ou complémentaires ne suffit pas à caractériser l'unité économique* »²⁷⁹. Il est probable que la présence du pouvoir de direction ne peut pas pallier l'absence d'activités complémentaires.

Pour la jurisprudence, la concentration du pouvoir de direction et la complémentarité des activités constituent deux conditions cumulatives et nécessaires pour caractériser l'unité économique. Il faut, d'une part, que le pouvoir de direction soit effectif à l'intérieur du périmètre considéré (**SECTION 1**) et, d'autre part, qu'il y ait entre les personnes juridiques concernées une identité ou une complémentarité d'activités (**SECTION 2**).

²⁷⁷ Cass. soc. 24 mars 1988, n° 87-60.107, Bull. civ. V, n° 215 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; Cass. soc. 13 oct. 2004, n° 03-60.216

²⁷⁸ Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, Bull. civ. V, n° 614 ; Cass. soc. 5 mai 1988, n° 87-60.215, préc. ; Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.315, Bull. civ. V, n° 396 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, Bull. civ. V, n° 219

²⁷⁹ Cass. soc. 10 nov. 2004, n° 03-60.411

Section 1

La concentration du pouvoir de direction

105. Exercice effectif du pouvoir – Assimilée à une entreprise en droit du travail²⁸⁰, l'unité économique et sociale implique la présence d'une unicité de direction. Les ordres et les directives donnés aux salariés doivent provenir de la même personne ou d'un même groupe de personnes. Lorsque le juge du fond apprécie les preuves qui lui sont soumis, il doit ainsi procéder à la recherche de « *la réalité du pouvoir au sein du groupe* »²⁸¹, le pouvoir visé étant le pouvoir de direction. Dans toute UES, la présence d'une unité de direction doit dès lors être caractérisée²⁸² (§ 1). Cette unité de direction prend une dimension particulière lorsqu'une UES est reconnue dans le cadre d'un groupe de sociétés. Dans cette hypothèse, le critère tenant à la concentration du pouvoir de direction subit l'influence du groupe (§ 2).

§ 1 – LA PRÉSENCE D'UNE UNITÉ DE DIRECTION

106. La concentration entre les mêmes mains – Les juges, lorsqu'ils sont amenés à vérifier la présence des critères de l'unité économique et sociale, usent de différents termes pour parler de la présence d'une même direction entre plusieurs personnes juridiquement distinctes. La jurisprudence a ainsi utilisé les termes suivants : « *même direction* »²⁸³, « *quelque communauté entre les différents dirigeants* »²⁸⁴, « *identité de dirigeant* »²⁸⁵, « *unité de direction* »²⁸⁶, « *unicité de direction* »²⁸⁷, « *identité de direction* »²⁸⁸, « *concentration du pouvoir de direction* »²⁸⁹. Si cette recherche jurisprudentielle a usé au fil du temps de diverses

²⁸⁰ Cass. soc. 14 févr. 2001, n° 99-60.435

²⁸¹ F. FAVENNEC-HERI, *La preuve en droit du travail*, Thèse, Paris X, 1983, p. 355

²⁸² Lorsque les dirigeants sont distincts entre plusieurs personnes morales, il ne peut donc être procédé à la reconnaissance d'une UES (Cass.soc. 20 janvier 1993, n° 91-60.269)

²⁸³ « *le centre psychothérapique et la ferme étaient placés en fait sous la même direction* », Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, préc.

²⁸⁴ Cass. soc. 29 mai 1980, n° 80-60.022

²⁸⁵ Cass. soc. 21 oct. 1998, n° 97-60.432

²⁸⁶ Cass. crim. 7 févr. 1978, n° 77-90.614, Bull. crim. n° 47 ; Cass. soc. 12 mars 1986, n° 85-60.518, Bull. civ. V, n° 89 ; Cass. soc. 27 juin 1990, n° 89-60.033, Bull. civ. V, n° 322 ; Cass. soc. 15 janv. 2002, RJS 2002, n° 452

²⁸⁷ Cass. soc. 17 déc. 2003, n° 02-60.445, Bull. civ. V, n° 319

²⁸⁸ Cass. soc. 8 juill. 1977, n° 77-60.524, Bull. civ. V, n° 484

²⁸⁹ Cette appellation diffère quelque peu selon les arrêts rendus par la Cour de cassation. Pour exemple, « *il n'y avait pas de concentration de pouvoir entre les deux sociétés* », (Cass. soc. 24 mai 2000, n°99-60.165, RJS 2000,

appellations, dans le dernier état de la jurisprudence, les deux formulations les plus employées sont « *l'unité de direction* » et « *la concentration des pouvoirs de direction* ». Elles semblent être utilisées indifféremment par la Cour de cassation²⁹⁰.

Ce qui importe pour la Haute Juridiction c'est de vérifier que le pouvoir de direction s'exerce de manière effective **(A)** au sein d'une direction unique **(B)**. Le pouvoir de direction doit donc être réellement concentré entre les mêmes mains.

A – L'EXERCICE EFFECTIF DU POUVOIR DE DIRECTION

107. Réalité du pouvoir – Le juge du fond, amené à constater la concentration du pouvoir de direction pour reconnaître une UES, va, le plus souvent, viser le mandat social ou les mandats sociaux détenus par le dirigeant ou les dirigeants dans les personnes morales susceptibles de faire partie de l'UES. C'est à ce titre que tel dirigeant exerce sa fonction de dirigeant **(1)**. Toutefois, le juge du fond ne peut faire fi de la réalité des faits. Il doit rechercher quelles sont les personnes qui accomplissent réellement les fonctions de dirigeants **(2)**.

1 – Le mandat social du dirigeant

108. Exercice d'un mandat légal – La jurisprudence se réfère, dans une grande majorité de cas, aux organes légaux de la personne morale lorsqu'elle vérifie le critère de l'unité économique. Elle vise expressément le mandat social détenu par le dirigeant. C'est en usant de ce mandat à l'égard de plusieurs personnes morales qu'un dirigeant constitue une « *unité de direction* » au sens d'unité économique et sociale. Ce mandat, le dirigeant le tient, en principe²⁹¹, de la loi, laquelle, généralement complétée par les statuts de la personne morale, désigne l'organe directeur de la personne morale.

n° 1104) ; « *le tribunal d'instance, qui n'a pas caractérisé la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées, a violé les textes susvisés* », (Cass. soc. 15 mai 2001, Bull. civ. V, n° 173 ; Dr. soc. 2001, p. 777 ; JCP E 2001, p. 1479) ; « *le tribunal d'instance, qui n'a pas constaté de concentration des pouvoirs de direction, n'a pas donné de base légale à sa décision* », (Cass. soc. 24 nov. 1992, n° 91-60.368, n° 91-60.378, Bull. civ. V, n° 569) ; « *la concentration des pouvoirs* », (Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23-437)

²⁹⁰ Cass. soc. 24 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; Cass. soc. 18 févr. 2004, n° 02-60.567, Dr. soc. 2004, p. 567, obs. J. SAVATIER

²⁹¹ Une personne peut également être considérée comme dirigeant de fait si les circonstances révèlent l'exercice effectif du pouvoir à côté du dirigeant de droit ou au lieu et place de ce dirigeant de droit.

La lecture des différents arrêts relatifs à la reconnaissance d'une unité économique et sociale laisse apparaître clairement en quelles qualités les dirigeants sont considérés comme formant une « *unité de direction* ». Ces dirigeants peuvent être à la tête de plusieurs personnes morales pourvues de la même structure juridique avec un même mandat social. Dans le cadre d'une SARL²⁹², d'une société en nom collectif²⁹³, en commandite²⁹⁴ ou d'une société civile²⁹⁵, le représentant légal de la société est le gérant. Dans un arrêt du 23 septembre 2009, la Cour de cassation vise ainsi la qualité de « *gérant unique* » du dirigeant de deux sociétés civiles pour admettre l'existence d'une unité économique et sociale entre elles²⁹⁶.

Si la reconnaissance d'une UES est susceptible d'être faite au niveau, au moins, d'une société par actions simplifiée, le juge vérifie alors que la représentation de cette société est assurée par son président²⁹⁷, et, éventuellement, par des directeurs généraux ou des directeurs généraux délégués²⁹⁸. Dans le cadre d'une société anonyme avec conseil d'administration, c'est le directeur général qui représente la société dans ses rapports avec les tiers²⁹⁹, tandis que dans les sociétés anonymes avec conseil de surveillance, c'est le président du directoire qui est chargé par la loi de représenter la société³⁰⁰.

²⁹² « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques* » (C. com., art. L. 223-18 al. 1). « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés* » (C. com., art. L. 223-18 al. 5). Ainsi, reconnaissance d'une UES entre deux sociétés dirigées par deux gérants, (Cass. soc. 7 mars 2001, n° 99-60.529).

²⁹³ Dans le cadre d'une société en nom collectif, « *tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts* » (C. com., art. L. 221-3). « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* » (C. com., art. L. 221-5 al. 1). À titre d'exemple, Cass. soc. 8 oct. 1998, n° 97-60.383.

²⁹⁴ « *Le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » à propos des sociétés en commandite par actions (C. com., art. L. 226-7 al. 1).

²⁹⁵ S'agissant d'une société civile, « *la société est gérée par une ou plusieurs personnes, associées ou non, nommées soit par les statuts, soit par un acte distinct, soit par une décision des associés. Les statuts fixent les règles de désignation du ou des gérants et le mode d'organisation de la gérance.* » (C. civ., art. 1846). Il en résulte que « *dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* » (C. civ., art. 1849).

²⁹⁶ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

²⁹⁷ « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social* » (C. com., art. L. 227-6 al. 1).

²⁹⁸ « *Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* » (C. com., art. L. 227-6 al. 3 — issu de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003—). À titre d'exemple, Cass. soc. 9 novembre 2011, n° 10-23.437.

²⁹⁹ Le directeur général d'une société anonyme « *représente la société dans ses rapports avec les tiers* » (C. com., art. L. 225-56 I al. 2) peut être, soit « *le président du conseil d'administration* », soit « *une autre personne physique nommée par le conseil d'administration* » (C. com., art. L. 225-51-1 al. 1). Le directeur général peut être assisté d'un ou de plusieurs directeurs généraux délégués, lesquels « *disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général* » (C. com., art. L. 225-56 II al. 2).

³⁰⁰ « *Le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique représente la société dans ses rapports avec les tiers.* » (C. com., art. L. 225-66 al 1).

S'agissant d'une association, la loi du 1^{er} juillet 1901 n'a pas désigné son représentant légal. Il revient alors aux statuts de préciser quelle est la personne investie des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de l'association. Dans le dernier état de la jurisprudence, il semblerait que le président de l'association puisse agir en qualité de représentant légal de l'association, la Cour de cassation précisant qu'« *il entre dans les attributions du président d'une association, sauf disposition statutaire attribuant cette compétence à un autre organe, de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié* »³⁰¹. Dans le cadre de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, la Cour de cassation a implicitement admis que la présence du directeur d'une fédération d'associations permettait de constater « *l'existence d'une concentration des pouvoirs de direction* » puisque celui-ci « *se comportait en fait comme le supérieur hiérarchique des salariés des associations locales* »³⁰².

109. Exercice de plusieurs mandats sociaux – La jurisprudence admet également qu'une « *unité de direction* » puisse exister avec des personnes dirigeantes qui exercent leur fonction en usant de mandats sociaux différents. Ainsi, le co-gérant d'une société à responsabilité limitée, qui est par ailleurs directeur général d'une autre société, forme avec son co-gérant une « *unité de direction* »³⁰³. De telles circonstances ont amené le juge de cassation à préciser qu'il faut porter son regard « *au-delà des structures particulières répondant à la forme juridique de chacun des éléments de l'unité économique revendiquée* » pour constater la présence de l'unité de direction³⁰⁴. Ce ne sont pas les structures juridiques qui comptent. De même, les qualités de mandataires sociaux ne sont pas déterminantes. Il ne suffit pas d'être pourvu de cette qualité pour satisfaire à l'unité de direction. Ce qui importe

³⁰¹ Cass. soc. 29 sept. 2004, n° 02-43.771, Bull. civ. V, n° 236, Dr. soc. 2004, p. 1151, obs. J. SAVATIER. Il est à noter que la dévolution des prérogatives patronales au président de l'association, sauf stipulation statutaire contraire, a semblé être remise en cause dans une jurisprudence antérieure. La Cour de cassation stipulait que « *l'article 13 des statuts de l'association dispose que son président en est le représentant légal auprès des tiers pour tous les actes de la vie sociale ; qu'à défaut d'une disposition spécifique des statuts attribuant cette compétence à un autre organe de l'association, il entrerait, dès lors, dans les attributions de son président de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié* » (Cass. soc. 23 nov. 2003, n° 01-42.111, Bull. civ. n° 292). Cet arrêt semble subordonner l'exercice des prérogatives patronales par le président de l'association « *à l'existence de dispositions statutaires spécifiques et précises* » (Rép. trav. Dalloz, V° Contrat de travail (existence-formation), 107). Pour L. GROSCLAUDE, dès lors que les statuts n'apportent aucune précision sur le représentant de l'association, « *le président devra démontrer qu'il est spécialement autorisé à agir par une délibération du conseil d'administration (s'il en existe un) ou de l'assemblée générale.* » (L. GROSCLAUDE, « *Qui a qualité pour licencier dans une association ?* », RTD Com. 2004 p. 119).

³⁰² Cass. soc. 15 déc. 1999, n° 98-60.497. En sens inverse, il n'est pas reconnu d'unité économique et sociale entre une fédération et des associations locales en « *l'absence d'un pouvoir de direction unifié s'exerçant sur l'ensemble des salariés compris dans le périmètre considéré* ». La seule présence d'un président fédéral ne suffit pas à faire constater l'existence d'une unité économique et sociale (Cass. soc. 17 octobre 2001, n° 00-60.264).

³⁰³ Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491

³⁰⁴ Cass. soc. 15 janv. 2002, n° 00-60.256

c'est que ces mandats sociaux soient suivis d'effet. Autrement dit, il faut que le dirigeant légal d'une personne morale soit effectivement le dirigeant de plusieurs personnes morales pour que le critère de l'unité économique soit satisfait.

2 – la réalité du pouvoir

110. Recherche du pouvoir effectif – Derrière les mots d'« *unité de direction* » et de « *concentration du pouvoir de direction* », une même idée se dessine pour la Haute Juridiction : c'est l'existence d'un pouvoir effectif³⁰⁵ entre les personnes juridiquement distinctes visées qui compte. La Cour de cassation procède ainsi, dans chaque espèce, à la vérification de la réalité d'un unique centre de décision pour l'ensemble des personnes concernées. De simples pouvoirs de coordination ne suffisent pas à la reconnaissance d'une unité de direction³⁰⁶. La jurisprudence va au-delà de la simple recherche du dirigeant légal et appréhende la réalité des fonctions de direction.

Appliquant la théorie de l'« *apparence* », la Cour de cassation admet que la personne qui s'est comportée comme un dirigeant de droit a la qualité de chef d'entreprise, nonobstant son absence de désignation par l'assemblée des actionnaires ou des associés comme dirigeant social³⁰⁷. Il peut y avoir ainsi des détenteurs d'un pouvoir de fait, à côté des détenteurs d'un pouvoir de droit. Trois indices permettent l'identification d'un dirigeant de fait : l'accomplissement d'actes positifs de gestion, le déploiement d'une activité de direction et ceci en toute indépendance et liberté. Pouvant accomplir tout ce que peut accomplir le mandataire³⁰⁸, le mandataire apparent qu'est le dirigeant de fait peut conclure un contrat de travail au nom et pour le compte de la personne morale employeur³⁰⁹. L'employeur voit alors sa responsabilité engagée dès lors que la personne avec qui le salarié a négocié son contrat de travail avait son apparence³¹⁰. Dans le cadre de la reconnaissance d'une UES, ces dirigeants

³⁰⁵ Le tribunal, qui a notamment relevé que les deux sociétés étaient « *sous la direction effective de leur gérant unique* » a pu en déduire l'existence d'une unité économique et sociale (Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.021).

³⁰⁶ La jurisprudence rejette ainsi l'idée selon laquelle « *l'appartenance des sociétés concernées à un même groupe* » puisse caractériser « *la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction* », Cass. soc. 15 mai 2001, Bull. civ. V, n° 173 ; Dr. soc. 2001, p. 777 ; JCP E 2001, p. 1479

³⁰⁷ Cass. soc. 15 juin 1999, n° 97-41.375, Bull. civ. V, n° 282 ; RJS 1999, n° 1018

³⁰⁸ Rép. civ. V° Apparence, 81

³⁰⁹ Cass. soc. 15 juin 1999, n° 97-41.375, préc. ; en l'espèce, « *la cour d'appel qui a constaté que le contrat de travail avait été signé par le mandataire apparent de la société Socoge, associé du gérant et chargé de l'exploitation de l'entreprise, a justifié sa décision* ».

³¹⁰ Cass. soc. 18 mai 1967, n° 66-40.243, Bull. civ. IV, p. 329, en l'espèce, le salarié « *avait pu légitimement penser que, des lors que ladite société avait créé une direction régionale qui l'avait embauché, il était son employé* ».

de fait peuvent faire partie de la « *sphère de direction* » de l'UES. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un mandat social pour être intégré à la direction de l'UES³¹¹.

111. Les responsables – La Cour de cassation va même plus loin dans son approche de l'« *unité de direction* » en admettant que d'autres personnes qui gravitent autour du dirigeant soient considérées comme faisant partie de la direction. La Haute Juridiction va au-delà de la notion de dirigeant social, qu'il soit de droit ou de fait. Elle intègre à la notion d'« *unité de direction* » des responsables divers qui exercent leurs fonctions au niveau de plusieurs personnes morales.

Un arrêt du 29 avril 2009 confirme ainsi l'existence d'une unité de direction entre cinq sociétés, non seulement par la présence du directeur général du groupe, mais également par celle de deux membres du comité de direction³¹². Ces trois personnes, dont l'une seulement est dirigeant social, assurent cette unité de direction selon la Cour de cassation. Celle-ci ne précise pas quelle fonction était assurée par ces deux membres du comité de direction. Mais, le simple fait d'être partie prenante aux décisions importantes concernant l'ensemble de ces sociétés conforte l'idée selon laquelle il y a bien une unité de direction entre ces sociétés. La technique du faisceau d'indices, utilisée en l'espèce par le juge, permet d'appréhender de manière la plus large possible la notion de direction.

Cette appréciation est faite par les juges au cas par cas en vue de relever les points convergents allant dans le sens d'une concentration du pouvoir de direction³¹³. L'élément déterminant en la matière constitue, malgré tout, la caractérisation des « *liaisons personnelles* »³¹⁴. L'accent est mis sur les personnes qui dirigent ensemble les personnes juridiques membres de l'UES. Ce que recherche la jurisprudence, c'est « *l'unique tête* »³¹⁵ des personnes morales susceptibles de former l'unité économique et sociale, même si cette tête peut être, dans la pratique, polycéphale³¹⁶.

³¹¹ Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497, Bull. civ. V, n° 61 ; D. 2009, p. 2128 ; RDT 2009, p. 392

³¹² Cass. soc. 29 avril 2009, n° 08-60.465

³¹³ L'unité de direction peut ainsi être constatée par la présence d'« *un actionnariat commun* », et par le fait que « *les mêmes personnes se trouvaient à la direction et à l'administration des trois sociétés* », (Cass. soc. 11 juill. 2001, n° 00-60.225). Il en est de même lorsque le pouvoir de direction est « *concentré entre les mains des administrateurs et cadres de la société LC Maître* » (Cass. soc. 28 juin 2006, n° 05-60.326). Dans le même sens, Cass. soc. 19 mars 1981, n° 80-60.232, Bull. civ. V, n° 241 ; Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-17.642 ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428

³¹⁴ P. LANQUETIN, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse, Université de Strasbourg, 1979, p. 417.

³¹⁵ I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, Paris, 1979, p. 241

³¹⁶ La présence de divers responsables communs à plusieurs personnes morales ne suffit pas à caractériser l'existence d'une unité économique et sociale. Ainsi, cassant le jugement du tribunal d'instance, lequel avait

B – L'EXERCICE DU POUVOIR AU SEIN D'UNE DIRECTION UNIQUE

112. La direction par une ou plusieurs personnes – La concentration du pouvoir de direction n'est pas synonyme de direction par une seule et même personne. La Cour de cassation n'assimile pas ces deux notions. En toute logique, lorsque les personnes qui sont susceptibles d'intégrer une UES sont dirigées par une seule et même personne physique, le critère de l'unicité de direction est satisfait **(1)**. Mais, la Cour de cassation ne réduit pas la notion d'UES aux seules entreprises dirigées par une seule personne physique. Les personnes juridiques dirigées par plusieurs personnes peuvent former entre elles une unité économique et sociale. Tout dépend du degré de concentration du pouvoir de direction **(2)**.

1 – La direction de l'UES par une seule et même personne

113. Même dirigeant – La reconnaissance de l'unité économique et sociale est facilitée lorsque la direction de plusieurs personnes morales est assurée par une seule et même personne. La vérification du critère de l'unité de direction est alors faite par la présence d'un seul indice, à savoir la présence d'un seul dirigeant à la tête des personnes morales susceptibles de former entre elles une unité économique et sociale³¹⁷. C'est ainsi que la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir reconnu l'existence d'une unité économique et sociale entre quatre sociétés après avoir notamment « *constaté que les quatre sociétés avaient le même dirigeant* »³¹⁸. La présence d'une même personne aux postes de

pourtant retenu « *quelques administrateurs communs, les mêmes commissaires aux comptes et services de comptabilité, un directeur général adjoint, un directeur du personnel et certains employés communs* » pour reconnaître une UES, la Cour de cassation déclare que le tribunal « *n'a pas caractérisé [...] unité réelle de direction* » (Cass. soc. 6 juill. 1983, n° 83-60.035, Bull. civ. V, n° 403). De la même manière, il n'y a pas d'unité économique et sociale dès lors qu'« *il ne résultait pas de la participation de certaines personnes aux organes sociaux ou à la direction des trois entités juridiques une unité de direction* » (Cass. soc. 13 sept. 2005, n° 05-60.008). Cette réalité du pouvoir de direction se révèle différemment selon les faits d'espèce. C'est ainsi que dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation reconnaît l'UES en retenant, comme indice suffisant de l'unité de direction entre deux associations gérant respectivement dans la même ville des établissements d'enseignement primaire et secondaire, la présence d'« *administrateurs communs à l'exception des directeurs et des sous-directeurs* » (Cass. soc. 27 févr. 1980, n° 79-60.314, Bull. civ. V, n° 195).

³¹⁷ Dès lors que le tribunal d'instance a notamment constaté que « *les trois sociétés avaient des activités complémentaires, étaient placées sous l'autorité d'un dirigeant unique* », il a pu décider que « *ces sociétés constituaient une unité économique et sociale* » (Cass. soc. 16 déc. 1992, n° 91-60.137). Dans le même sens, le fait que « *les trois sociétés avaient le même dirigeant* » permet de caractériser, en partie, l'existence d'une unité économique et sociale (Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.135, Bull. civ. V, n° 157, p. 148 ; Cass. soc. 1^{er} mars 2000, n° 98-60.615).

³¹⁸ Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-27.541, 10-27.575

direction de plusieurs personnes morales constitue un indice de l'existence d'une unité économique et sociale entre ces personnes morales. Il en est ainsi lorsque deux sociétés sont « *sous la direction effective de leur gérant unique* »³¹⁹. Cet élément révèle l'unité de direction et contribue à en déduire l'existence d'une unité économique et sociale.

La personne qui dirige plusieurs sociétés peut constituer « *l'unité de direction* » nécessaire à la reconnaissance de l'unité économique et sociale sans avoir pour autant la même qualité dans chacune des sociétés. Le fait d'exercer le pouvoir économique en tant que directeur général d'une société et président directeur général de deux autres n'empêche pas la « *concentration des pouvoirs de direction* »³²⁰. Ce qui importe, c'est « *la présence d'un interlocuteur patronal* »³²¹, à l'instar de toute entreprise.

114. Notion d'entreprise – L'« *unité de direction* », à partir de laquelle est notamment formée la notion d'unité économique et sociale, renvoie implicitement à l'une des composantes de la notion d'entreprise en droit du travail. L'entreprise suppose en effet la présence d'une autorité suprême, d'un décideur, en ce sens que « *la présence d'un interlocuteur patronal est inhérente au fonctionnement de toute entreprise* »³²². Si Paul Durand utilisait uniquement le terme d'« *employeur* » pour représenter l'interlocuteur des salariés, le droit positif use de différentes formules. En plus du terme d'« *employeur* », terme maintenu en grande partie par la loi, la jurisprudence et la doctrine³²³, les termes de « *chef d'entreprise* »³²⁴ et d'« *organe dirigeant* »³²⁵ sont également utilisés³²⁶. Sous ce vocable

³¹⁹ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

³²⁰ Cass. soc. 19 mars 1981, Bull. civ. V, n° 241.

³²¹ B. TEYSSIE, « L'interlocuteur des salariés », Dr. soc. 1982, p. 41

³²² B. TEYSSIE, art. préc.

³²³ Les auteurs admettent que l'employeur constitue l'un des éléments constitutifs de l'entreprise. A. CŒURET, B. GAURIAU, M. MINE, *Droit du travail*, Sirey Université, 2006, p. 49

³²⁴ Il est à noter que le terme « *employeur* » a largement été substitué à l'expression « *chef d'entreprise* » par les rédacteurs de la nouvelle partie législative du Code du travail. La distinction entre les deux termes a été prise en compte par la recodification du Code du travail, même si ce travail semble parfois pécher par excès de zèle et modifier la teneur des règles. L'ancien article L. 433-1 du Code du travail visait ainsi « *le chef d'entreprise ou son représentant* » comme élément du comité d'entreprise, tandis que le nouvel article L. 2325-1 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise est « *présidé par l'employeur* ». A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », Semaine sociale Lamy, Suppl. n° 1340, p. 23 ; A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN, « Ni indignité ni excès d'honneur », in « *Le « nouveau Code du travail », une réussite ?* », Rev. dr. trav. 2007, p. 356

³²⁵ A. CŒURET, B. GAURIAU, M. MINE, op. cit. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 6^e éd. 2004, p. 75

³²⁶ Il semblerait que le droit du travail utilise indifféremment les termes d'« *employeur* » et de « *chef d'entreprise* » et que ce qui importe avant tout c'est l'existence de ce pouvoir patronal afin de faire exister l'entreprise en droit du travail et la rendre viable.

divers apparaissent les deux facettes de l'employeur³²⁷. Ce dernier est à la fois la partie au contrat de travail, ce qui lui permet d'être qualifié d'employeur, et le dirigeant de l'entreprise, ce qui lui permet d'être qualifié de chef d'entreprise ou d'organe de direction selon qu'il s'agisse d'une ou de plusieurs personnes.

L'UES n'a pas la qualité d'employeur, au sens de cocontractant³²⁸, n'étant pas dotée de la personnalité morale³²⁹. En revanche, comme toute entreprise en droit du travail, elle a à sa tête un ou plusieurs décideurs. Les propos du professeur Bernard Teyssié sur l'entreprise, selon lesquels « *une entreprise sans « décideur » serait vouée à une prompt disparition* »³³⁰, sont transposables à l'UES. Le fait qu'une seule et même personne soit à la tête de plusieurs personnes morales suffit à révéler la concentration des pouvoirs de direction entre les mêmes mains. Il n'y a pas besoin de démontrer que cette personne mène une politique commune au nom des sociétés concernées³³¹. Ce qui compte, c'est la présence d'une autorité suprême unique entre les sociétés pour la demande en reconnaissance de l'unité économique et sociale.

La jurisprudence n'a pas pour autant limité la notion d'unité économique et sociale aux seules hypothèses de dirigeant unique pour l'ensemble des personnes morales comprises dans l'UES. Une unité de direction peut également être retenue en présence de plusieurs personnes dirigeant l'ensemble des personnes morales.

2 – la direction de l'UES par plusieurs dirigeants

115. La présence de différents dirigeants – La notion d'« *unité de direction* » appréhendée par la jurisprudence apparaît relativement souple. La Cour de cassation ne subordonne pas la reconnaissance d'une unité économique et sociale à la présence d'une seule

³²⁷ Antoine Mazeaud distingue nettement les deux termes dans leur utilisation. L'« *employeur* » est « *la partie patronale à la relation individuelle de travail* », tandis que le « *chef d'entreprise* » est « *celui qui gère l'entreprise, tenu de respecter le droit collectif du travail, et qui est responsable devant les apporteurs de capitaux* ». A. MAZEAUD, op. cit.

³²⁸ V. *supra*, n° 351 et s.

³²⁹ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255, D. 2009, p. 986, Rev. dr. trav. 2009, p. 228

³³⁰ B. TEYSSIE, art. préc.

³³¹ Un arrêt, en précisant que « *les décisions importantes en matière de gestion du personnel étaient prises par le dirigeant commun* », ce qui a notamment conduit à reconnaître une UES, aurait pu semer le trouble dans cette interprétation. Mais, la Cour de cassation ne dit pas ici qu'il doit y avoir une similitude dans la politique de gestion du personnel menée par ce dirigeant unique. Ce qui compte c'est que cette personne soit effectivement la personne dirigeante, c'est-à-dire celle qui prend les décisions importantes concernant le personnel salarié (Cass. soc. 25 nov. 1998, n° 97-60.463).

et même personne à la tête des membres de l'UES³³². Le fait qu'il y ait plusieurs dirigeants ne constitue pas un obstacle à l'existence d'une UES. Les termes employés dans un arrêt du 27 juin 1990 illustrent parfaitement la position de la Haute Juridiction sur le sens à donner à la notion d'« *unité de direction* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que « *le tribunal d'instance, par des constatations de fait non critiquées par le pourvoi, a retenu que les trois sociétés présentaient une unité de direction en ce sens que les mêmes personnes se retrouvaient aux postes de direction ; qu'en l'état de ces constatations, il a caractérisé l'existence d'une unité de direction* »³³³. À l'instar de cet arrêt, d'autres décisions admettent qu'une « *unité de direction* » puisse exister en présence de plusieurs dirigeants³³⁴. L'unité de direction n'implique pas nécessairement la présence d'une unique personne physique.

116. Technique du faisceau d'indices – La jurisprudence utilise la technique du faisceau d'indices lorsqu'elle vérifie la présence d'une unité de direction. Elle donne ainsi un sens large à la notion de « *direction* » de l'UES. Ce qui importe c'est que les personnes qui dirigent plusieurs personnes morales soient identifiées comme formant ensemble une unité de direction. Il n'y a pas dès lors une seule manière d'appréhender la notion de « *dirigeants multiples* ». Il est possible que des liens familiaux unissent les personnes qui dirigent plusieurs sociétés³³⁵. Mais, cet élément n'est pas suffisant en soi pour caractériser l'existence d'une direction unique de l'UES³³⁶. Les personnes qui dirigent les personnes morales peuvent, par ailleurs, être un nombre restreint, deux personnes uniquement³³⁷, mais elles peuvent aussi être plus nombreuses. La Cour de cassation ne fixe pas un nombre maximal. La présence de trois, quatre personnes ou plus encore qui exercent les fonctions de direction au niveau de plusieurs sociétés constitue autant d'indices allant dans le sens d'« *une même direction* » à la tête de l'UES³³⁸.

³³² Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise sans ambiguïté qu'il importe peu, pour reconnaître une unité économique et sociale, que les président et gérant respectifs ne soient pas « *la même personne mais deux frères* », Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, Bull. civ. V, n° 186.

³³³ Cass. soc. 27 juin 1990, n° 89-60.033, Bull. civ. V, n° 322

³³⁴ Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, Bull. civ. V, n° 186 ; Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60-266, Bull. civ. V, n° 257 ; Cass. soc. 23 juill. 1980, n° 80-60.041, Bull. civ. V, n° 681 ;

³³⁵ Tel est le cas de deux frères, tous deux respectivement président d'une des sociétés et gérant de l'autre société (Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, préc.) ; Dans le même sens, plusieurs sociétés dirigées « *par les mêmes hommes, Alfred X... et ses deux fils* », Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60-266, Bull. civ. V, n° 257 ; V. aussi, Cass. soc. 7 mars 2001, n° 99-60.529

³³⁶ La Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir décidé de l'absence d'unité économique et sociale entre plusieurs personnes morales. La Cour de cassation précise à cet égard que « *les liens de parenté de leurs dirigeants sont insuffisants pour caractériser une unité de direction* », Cass. soc. 5 déc. 1985, n° 84-60.994, Bull. civ. V, n° 574.

³³⁷ Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, préc.

³³⁸ Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60-266, préc.

La technique du faisceau d'indices doit permettre au juge de vérifier que l'exercice du pouvoir de direction dans les différentes entités est « *concentré au sein d'une direction unique* »³³⁹. Ainsi, « *la concentration du pouvoir de direction* »³⁴⁰ ne peut faire défaut du seul fait de l'existence de plusieurs dirigeants. Ce que le juge doit pouvoir constater en présence de différents dirigeants, c'est le fait qu'il y a une politique sociale unique. Ceci apparaît en filigrane dans la jurisprudence³⁴¹. C'est au regard de la manière d'appréhender le personnel que le juge reconnaît ou non l'« *unité de direction* ». Les décisions importantes en matière de gestion du personnel sont prises de façon commune par plusieurs dirigeants réunis à cet effet³⁴². La présence d'un « *encadrement interchangeable* »³⁴³ illustre parfaitement l'unicité de la politique sociale qui peut être menée au niveau de plusieurs sociétés, et notamment au niveau des groupes de sociétés.

§ 2 – L'« UNITÉ DE DIRECTION » EN PRÉSENCE D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉS

117. Inclusion de la société-mère – À la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit régulièrement que l'unité économique et sociale est reconnue au sein d'un groupe de sociétés. La question de l'identification de l'« *unité de direction* » prend alors une toute autre dimension. Le dirigeant de la société susceptible de faire partie d'une UES peut être considéré comme étant dirigeant « *dépendant* ». D'une part, il se doit d'organiser sa société en fonction des ordres émis par le groupe, et, d'autre part, il se doit de prendre en considération l'ensemble du groupe dans l'organisation de sa propre personne morale. Le groupe n'est pas « *extérieur* » à la société. Le groupe vient s'immiscer dans la vie de la société. Au regard de la notion d'« *unité de direction* », le fait que les personnes morales appelées à faire partie d'une UES soient intégrées à un groupe est pris en considération par la jurisprudence. La présence d'un groupe de sociétés constitue un indice de l'existence d'une « *unité de direction* » **(A)**. La

³³⁹ Cass. soc. 13 oct. 2010, n° 09-60.423

³⁴⁰ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255

³⁴¹ Dans l'arrêt du 31 mars 1977, lequel confirme la reconnaissance d'une UES opérée par le tribunal d'instance, la Cour de cassation précise que « *leur personnel était dirigé par les mêmes hommes* ». L'unité de direction se fait envers le personnel des différentes sociétés (Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60-266, Bull. civ. V, n° 257).

³⁴² « *il résultait de ses propres constatations que l'unité de direction était réalisée par la présence à la tête de chaque élément de l'unité économique et sociale revendiquée, du même directeur général et du même secrétaire général et caractérisée par une direction fonctionnelle commune, une politique de rationalisation commune constituant l'activité statutaire de l'association Cosem* », Cass. soc. 15 janv. 2002, RJS 2002, n° 452.

³⁴³ Cass. soc. 7 mars 2001, n° 99-60.529

jurisprudence en tire comme conséquence l'obligation pour l'entité juridique qui détient le pouvoir de direction d'être incluse dans l'unité économique et sociale **(B)**.

A – LE GROUPE DE SOCIÉTÉS, INDICE DE L'« UNITÉ DE DIRECTION »

118. Incidence de la présence d'un groupe de sociétés sur la notion d'unité de direction – La Cour de cassation a dû, au fil de l'élaboration de sa jurisprudence sur la notion d'UES, se positionner sur la répercussion que peut entraîner la présence d'un groupe de sociétés sur la notion d'« *unité de direction* ». Pour la Haute Juridiction, le seul fait d'appartenir à un groupe de sociétés n'est pas suffisant en soi pour justifier de la présence d'une « *unité de direction* »³⁴⁴.

La présence d'un groupe de sociétés ne signifie pas qu'il y a, *ipso facto*, une « *unité de direction* » entre les sociétés susceptibles de faire partie d'une UES **(1)**. Mais, s'il est certain que ce n'est pas un élément déterminant pour caractériser une « *unité de direction* », cet élément vient malgré tout conforter l'« *unité de direction* » **(2)**.

1 – Le groupe insuffisant pour caractériser l'unité de direction

119. Deux réalités différentes – L'existence d'un groupe de sociétés ne préjuge en rien de l'existence d'une unité économique et sociale. Il n'y a pas de confusion possible entre les deux. Ce sont deux notions distinctes. Le groupe de sociétés révèle des relations capitalistiques entre différentes sociétés³⁴⁵, tandis que l'unité économique et sociale révèle une communauté de travail³⁴⁶ qui agit sous la direction des mêmes personnes³⁴⁷ et qui travaille dans le cadre d'activités similaires ou complémentaires³⁴⁸. Les relations entre les sociétés sont plus étroites dans le cadre d'une UES. Les relations sont telles que l'UES est, dans certains arrêts, assimilée à une seule et même entreprise³⁴⁹. Cette assimilation à l'entreprise n'est pas due à la participation financière qu'il peut y avoir ou non entre

³⁴⁴ Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-60.048, Bull. civ. V, n° 173 ; JCP E 2001, p. 1479

³⁴⁵ C. com. art. L. 233-1

³⁴⁶ V. notamment, Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.135, préc. ; Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214

³⁴⁷ V. notamment, Cass. soc. 24 mars 1988, n° 87-60.107, Bull. civ. V, n° 215 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; Cass. soc. 13 oct. 2004, n° 03-60.216

³⁴⁸ V. notamment, Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, Bull. civ. V, n° 614 ; Cass. soc. 5 mai 1988, n° 87-60.215, Bull. civ. V, n° 273 ; Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.315, Bull. civ. V, n° 396 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, Bull. civ. V, n° 219

³⁴⁹ Cass. soc. 14 févr. 2001, n° 99-60.435

différentes sociétés. Elle tient à l'organisation du travail. Autour d'une activité, les salariés, rattachés à plusieurs personnes morales, exercent leur prestation de travail en étant considérés, par la direction, comme une seule et même communauté de travail. Le fait que ces personnes morales soient liées par des liens capitalistiques importe peu pour caractériser une unité économique et une unité sociale.

120. Identifier le pouvoir patronal au-delà du groupe – En présence d'un groupe de sociétés, le juge appelé à reconnaître une UES entre plusieurs entités juridiques du groupe doit procéder de la même manière qu'en l'absence de groupe de sociétés. Dans tous les cas, il lui faut parvenir à identifier le pouvoir patronal. Ce pouvoir de direction au sens d'« *unité de direction* » ne découle pas nécessairement de l'existence d'un groupe de sociétés³⁵⁰. Les arrêts de la Cour de cassation sont très explicites sur ce point.

Le juge doit rechercher l'« *unité de direction* » en se fondant sur des éléments autres que la seule présence du groupe de sociétés. Un arrêt du 12 janvier 1984³⁵¹ approuve ainsi le juge d'instance d'avoir relevé plusieurs indices pour reconnaître l'existence d'une unité de direction entre une société-mère et ses filiales. Parmi ces éléments, le juge avait noté que « *la société Relais possédait 99% du capital de chacune des sociétés en nom collectif* ». Mais, cette participation financière aux sociétés filiales du groupe ne permettait pas à elle seule de conclure à l'unité de direction. Le juge d'instance avait également relevé que la société Relais participait à la direction des sociétés filiales, que « *les gérants de ces sociétés étaient sous la subordination de la société Relais et que la répartition des pouvoirs, telle qu'elle existait avant la fusion, entre cette société et les directeurs des magasins, n'avait pas été modifiée* ». Le juge ne s'attache pas uniquement à la présence du groupe de sociétés pour en déduire l'existence d'une unité de direction. Ce qui compte c'est qu'il y ait bien, au niveau de l'UES, une concentration des pouvoirs de direction, peu importe la présence d'un groupe ou non³⁵².

³⁵⁰ Cass. soc. 15 mai 2001, n° 00-60.048, Bull. civ. V, n° 173

³⁵¹ Cass. soc. 12 janv. 1984, n° 83-61.083, Bull. civ. V, n° 21

³⁵² Un autre arrêt, plus récent, illustre parfaitement la nécessité pour le juge d'être en présence d'une « *unité de direction* » nonobstant l'existence d'un groupe de sociétés. L'arrêt du 23 juin 2004 approuve le tribunal d'instance d'avoir refusé l'extension d'une UES à deux nouvelles sociétés. L'ensemble de ces sociétés, qui devaient former la nouvelle UES, étaient réunies au niveau d'un groupe de sociétés. Pour la Cour de cassation, « *l'existence d'une concentration des pouvoirs de direction n'était pas établie* ». Or, le pourvoi avait essentiellement mis en avant des « *flux financiers inter groupe et une politique financière commune, une intégration capitaliste* » pour caractériser un pouvoir de direction unique. Cet argument est rejeté par la Cour de cassation. Ces relations financières entre les sociétés d'un groupe ne sont pas suffisantes pour démontrer l'existence d'une direction unique (Cass. soc. 23 juin 2004, n° 03-60.020).

Cette concentration du pouvoir de direction pourrait sembler évidente en présence de deux sociétés dont l'une détient la totalité du capital de l'autre société. Et, pourtant, il n'en est rien. La Cour de cassation exige que la réalité du pouvoir soit vérifiée au-delà de l'existence du groupe de sociétés. L'arrêt de la chambre criminelle du 16 mars 1982³⁵³ met en lumière ce travail de rigueur auquel le juge se tient lorsqu'il examine une demande en reconnaissance ou une demande en maintien d'une UES. Une société-mère qui détient 100% du capital de sa filiale et qui conserve ses pouvoirs en ce qui concerne les orientations et les résultats dans la filiale ne peut pas continuer à former une UES avec sa filiale. Les raisons tiennent, d'une part, au défaut d'unité de direction, puisque la société-mère « *n'intervenait nullement dans la gestion de la SARL* », et, d'autre part, au défaut d'activité commune entre les deux sociétés. Posséder l'ensemble des parts sociales d'une société ne conduit pas nécessairement à donner les orientations de la société et à gérer cette société. Ceci dépend de la politique du groupe. En l'espèce, seules les orientations étaient données par la société-mère. En revanche, la gestion « *quotidienne* » de la filiale était laissée à la direction de la société. Une UES ne pouvait pas exister dans une telle situation.

Insuffisante en soi pour caractériser l'existence d'une unité économique et sociale, la présence d'un groupe de sociétés vient toutefois conforter l'« *unité de direction* ». Lorsque les sociétés susceptibles de former entre elles une UES sont intégrées à un groupe de sociétés, la reconnaissance d'une UES en est facilitée.

2 – le groupe, véritable indice de l'unité de direction

121. Les liaisons financières – Les « *liaisons financières* »³⁵⁴ ne sont pas à négliger lors de la vérification des critères de l'UES, même si leur seule présence ne peut suffire à démontrer l'existence d'une unité de direction. Elles peuvent constituer un élément important et venir ainsi conforter ce pouvoir de direction³⁵⁵.

Dans les premiers arrêts de la Cour de cassation, les relations financières qu'il pouvait y avoir entre plusieurs sociétés semblaient constituer un élément déterminant dans

³⁵³ Cass. crim. 16 mars 1982, n° 81-90.999, Bull. crim. n° 77

³⁵⁴ P. LANQUETIN, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse, Université de Strasbourg, 1979, p. 417

³⁵⁵ Les relations financières sont en principe secondaires dans la caractérisation de l'unité de direction : « *la dépendance administrative et financière à l'égard d'une autorité de tutelle et la participation de mêmes personnes à des qualités aux conseils d'administration ne caractérisent pas, en soi, l'existence d'une unité économique* », Cass. soc. 24 nov. 1992, n° 91-60.368 91-60.378, Bull. civ. V, n° 569 ; RJS 1993, n° 47

l'appréciation du critère de l'unité de direction. Les autres éléments qui révélaient un pouvoir de gestion unifiée étaient davantage présentés comme venant conforter l'unité de direction. Il en est ainsi dans un arrêt du 14 janvier 1976³⁵⁶ lequel insiste fortement sur les rapports financiers entretenus entre deux sociétés. La Cour de cassation précise également que la société-mère avait dans la filiale « *un rôle prépondérant* » mais sans en préciser davantage. Pour la Cour de cassation, il ne paraissait pas nécessaire d'opérer une vérification approfondie de l'existence d'une unité de direction entre les sociétés incluses dans une UES eu égard à la présence du groupe de sociétés³⁵⁷.

Au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation a quelque peu évolué sur ce point. Le groupe de sociétés vient véritablement conforter l'unité de direction, en ce sens qu'il faut démontrer précisément la concentration du pouvoir de direction en ne se fondant pas uniquement sur la présence du groupe de sociétés. Les rapports financiers ne constituent qu'un élément parmi d'autres.

L'arrêt de rejet du 12 mars 1986³⁵⁸ rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation illustre ainsi l'imbrication de concentration financière et de direction qui peut être retenue par le juge pour reconnaître une UES. En l'espèce, la société Trec et Compagnie et la société Aube Express constituent une unité économique et sociale selon le jugement du tribunal d'instance. Cette décision est confirmée par la Cour de cassation, laquelle analyse les constatations faites par le tribunal pour rendre son jugement. La Haute Juridiction précise que le tribunal d'instance a observé que le gérant de la société holding, la société à responsabilité limitée Trec, — société non incluse dans l'UES — est « *cogérant de la société Trec et Compagnie* » et « *cogérant également de la société Aube Express* ». Il est en outre précisé quel est le rapport financier existant entre les sociétés-filles et la société-mère. Le capital social de la société Trec et Compagnie est « *constitué majoritairement par la société à responsabilité limitée Trec* » et les capitaux de la société Aube Express proviennent « *pour les 2/5^e de cette même société à responsabilité limitée* ». De l'ensemble de ces éléments, il résulte

³⁵⁶ La Cour de cassation précise que « *Maneval, propriétaire du premier et détenteur de 180 parts sur 200 de la seconde, les 20 autres appartenant à une parenté, avait dans cette dernière un rôle prépondérant* », Cass. soc. 14 janv. 1976, n° 75-60.146, Bull. civ. V, n° 26

³⁵⁷ Dans le même sens, le jugement d'instance qui reconnaît une UES « *après avoir relevé que la société Relais possédait 99% du capital de chacune des sociétés en nom collectif et participait à leur direction* ». Il n'y a pas de précision de la part de la Cour de cassation sur la nature du pouvoir de direction (Cass. soc. 12 janv. 1984, n° 83-61.083, Bull. civ. V, n° 21). V. aussi, Cass. soc. 2 juill. 1975, n° 74-60.016, Bull. civ. V, n° 367 ; Cass. soc. 19 mars 1981, n° 80-60.232, Bull. civ. V, n° 241.

³⁵⁸ Cass. soc. 12 mars 1986, n° 85-60.518, Bull. civ. V, n° 89

« *une unité de direction* » pour la Cour de cassation. Dans cet arrêt, la Cour conclut à l'enchevêtrement des liaisons personnelles et des liaisons financières³⁵⁹.

Lorsque cet enchevêtrement des liaisons personnelles et financières révèle une unité de direction et lorsqu'il apparaît que le véritable pouvoir de direction provient d'une société qui n'était pas incluse dans le projet d'UES, la Cour de cassation en déduit qu'il faut intégrer cette société dans l'UES pour que l'unité de direction soit à l'intérieur de l'UES.

B – L'INCLUSION DE L'ENSEMBLE DU POUVOIR DE DIRECTION DANS L'UES

122. La présence de la direction – Dans toute unité économique et sociale, il faut que le pouvoir de direction soit présent à ce niveau. L'existence d'un groupe de sociétés ne doit pas remettre en cause cet élément constitutif de l'UES. L'ensemble du pouvoir de direction doit être inclus dans l'UES **(1)**. Pour autant, la jurisprudence, tout en incluant cette personne juridique détentrice du pouvoir sur les salariés à l'UES, semble décider que les critères de reconnaissance d'une UES doivent être satisfaits entre les sociétés d'opérations uniquement **(2)**.

1 – Le pouvoir de direction au sein de l'UES

123. L'interlocuteur des salariés – La présence d'un groupe favorise souvent l'existence d'une unité de direction entre les sociétés appelées à faire partie d'une UES. La société-mère, par les rapports financiers qu'elle a avec ses filiales, décide de la politique du groupe et peut, au surplus, mener une politique de gestion du groupe. La concentration des pouvoirs de direction entre les mains des dirigeants de la société-mère peut alors se vérifier. Dans une telle situation, reconnaître une UES entre les filiales du groupe et ne pas inclure la société-mère à cette UES va à l'encontre de la notion d'UES.

Il faut qu'il y ait, du côté patronal, une même autorité apte à répondre aux demandes des représentants du personnel. Il faut donc que l'ensemble du pouvoir de direction soit inclus dans l'UES. Ce véritable pouvoir se situe généralement au niveau de la société holding dans les groupes de sociétés. C'est elle qui détient le pouvoir sur l'ensemble des personnes du

³⁵⁹ Dans le même sens, Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

groupe. La Cour de cassation a déduit de cette réalité des groupes de sociétés la nécessité d'intégrer la société holding dans une UES. Elle a fait valoir clairement cette règle pour la première fois dans un arrêt du 23 mai 2000³⁶⁰ par cette formulation dépourvue d'ambiguïté : « *l'unité économique nécessite la présence en son sein de l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale* », ce qui lui a permis en l'espèce de rejeter l'UES³⁶¹.

124. Inconvénients – Ne pas inclure l'entité juridique détentrice du pouvoir de direction au sein de l'UES aboutirait à reconnaître une entreprise en droit du travail sans réel interlocuteur pour les institutions représentatives du personnel. Il est possible que plusieurs sociétés forment une UES au regard de l'ensemble des critères de l'unité économique et de l'unité sociale et qu'elles soient toutes sous la même unité de direction, sans que pour autant cette unité soit intégrée à l'UES.

De telles circonstances ont été révélées dans un arrêt du 26 octobre 2010³⁶² de la Cour de cassation. En l'espèce, une UES était formée entre des filiales de droit français. La société holding, de droit néerlandais, n'était pas incluse dans l'UES. Or, suite à une offre publique d'achat, « *le comité central d'entreprise de l'unité économique et sociale a décidé de recourir à l'assistance d'un expert-comptable en vue de l'examen de ce projet* ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par les différentes sociétés. Elle précise que les salariés des sociétés étaient, indirectement, la cible de l'opération de concentration, puisque celle-ci avait pour effet de supprimer une des sociétés françaises. Il en résulte que « *le comité central d'entreprise de l'unité économique et sociale qu'elles constituent était fondé à recourir à l'assistance d'un expert-comptable chargé d'analyser le projet* ».

Les faits, à l'origine de cet arrêt, illustrent parfaitement l'inconvénient qu'il peut y avoir à ne pas inclure l'entité juridique qui détient le pouvoir de direction. La Cour de cassation ne dit pas expressément que la société de droit néerlandais était détentrice de ce pouvoir de direction envers les filiales de droit français. Mais, le fait que l'opération de concentration avait des incidences sur les salariés des filiales françaises démontre l'utilité d'inclure la société-mère dans l'UES, même si, en l'espèce, le comité central d'entreprise a pu recourir à

³⁶⁰ Cass. soc. 23 mai 2000, TPS 2000, comm. 326 ; Dr. soc. 2000, p. 856, obs. J. SAVATIER et concl. P. LYON-CAEN, *ibid*, p. 852 ; RJS 2000, p. 529, « Rapport » A. CŒURET

³⁶¹ La Cour de cassation admet, par ailleurs, qu'une société qui ne comporte pas de personnel puisse être intégrée à une UES. Ceci facilite l'inclusion des sociétés-mères dans les UES. V. notamment, Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23.437.

³⁶² Cass. soc. 26 oct. 2010, n° 09-65.565, Bull. civ. V, n° 248 ; D. 2011, p. 1246 ; Rev. dr. trav. 2011, p. 123

l'assistance d'un expert-comptable. Si la société-mère avait fait partie de l'UES, le comité central d'entreprise aurait pu, avec moins de difficultés, faire valoir ses droits auprès de la détentrice du pouvoir de direction³⁶³. Mais, il faut toutefois garder à l'esprit que lorsque la question de la reconnaissance d'une UES se pose dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'inclusion de la société détentrice du pouvoir de direction doit se faire selon certaines modalités précisées par la jurisprudence.

2 – La reconnaissance d'une UES en présence d'une société holding

125. Raisonnement en deux temps – Dans les faits d'espèce présentés à la Cour de cassation, il apparaît régulièrement que la société-mère est incluse dans l'UES, au regard, certainement, de sa qualité de détentrice du pouvoir de direction sur les salariés intégrant l'UES³⁶⁴. Un arrêt ultérieur à l'arrêt du 23 mai 2000 est venu confirmer³⁶⁵ et préciser la position de la Cour de cassation sur ce point. Dans un arrêt du 26 janvier 2005³⁶⁶, la Cour de cassation décide que *« dès lors qu'il constate que les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont réunis entre des sociétés d'opérations, le tribunal d'instance qui intègre au sein de cette unité économique et sociale la société holding qui détient le pouvoir, justifie légalement sa décision »*.

En présence d'une société holding, la Cour de cassation semble opérer un raisonnement en deux temps. La reconnaissance de l'UES est graduée dans le temps. Il faut d'abord vérifier l'existence des critères de l'UES au niveau des filiales, pour ensuite intégrer la société holding dans l'UES. Tant le critère de l'unité économique que celui de l'unité sociale doivent exister entre les sociétés d'opérations. Le critère de l'« *unité de direction* » doit donc être vérifié entre ces sociétés. Au niveau inférieur du groupe, il existe un pouvoir de direction commun aux sociétés d'opérations, mais ce n'est pas un pouvoir de direction absolu. La direction qui existe au niveau des filiales détient un pouvoir relatif sur les salariés. Elle n'est pas nécessairement apte à répondre efficacement à toutes les interrogations posées par les représentants du personnel du fait de la présence de la société holding. L'arrêt précise

³⁶³ En matière d'opération de concentration, l'article L. 2323-20 du Code du travail prévoit que *« l'employeur réunit le comité d'entreprise au plus tard dans un délai de trois jours à compter de la publication d'un communiqué relatif à la notification du projet de concentration... »*.

³⁶⁴ Cass. soc. 26 avr. 2006, n° 04-60.461 ; Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.275, Bull. civ. V, n° 129 ; Rev. dr. trav. 2007, p. 743 ; JCP S. 2007, 1817, note L. DAUXERRE ; Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 07-60.218.

³⁶⁵ A l'inverse, un arrêt du 4 juin 2003 admet l'existence d'une UES entre deux sociétés qui appartiennent toutes deux à un même groupe. La société-mère n'est pas incluse dans l'UES (Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491).

³⁶⁶ Cass. soc. 26 janv. 2005, n° 04-60.192, TPS 2005, p. 21, n° 119

clairement que c'est cette dernière société qui « *détient le pouvoir* ». Il faut et il suffit qu'elle détienne le pouvoir de direction pour être incluse dans l'UES³⁶⁷.

Le pouvoir de direction caractérise, pour partie seulement, le critère de l'unité économique. Ce critère économique, pour être efficace, doit être complété par l'identité ou la complémentarité d'activités entre les personnes juridiques concernées³⁶⁸.

Section 2

L'accomplissement d'activités identiques ou complémentaires

126. Le droit positif – « *L'identité ou la complémentarité des activités* » constitue l'autre critère de l'unité économique. Les activités exercées par les personnes susceptibles de faire partie d'une UES doivent être identiques ou alors, à tout le moins, complémentaires. La Cour de cassation nous permet d'appréhender cette notion d'activités identiques ou complémentaires à travers une jurisprudence massive (§ 1). Il apparaît, à la lecture des arrêts de la Cour de cassation, que ce critère des activités tient une place particulière parmi les éléments constitutifs de l'UES. La chambre sociale apprécie de façon spécifique ce critère (§ 2).

³⁶⁷ Cette position jurisprudentielle apparaissait déjà en filigrane dans un arrêt du 23 juin 1988, lequel avait exclu du champ de l'UES une société holding. Ce sont les spécificités de l'espèce qui ont justifié une telle position. Il est apparu aux yeux du tribunal d'instance que « *le véritable lieu d'exercice du pouvoir économique ne se situait pas au sein de la SA BSF* » — la société holding —. La Cour de cassation décide qu'« *il a exactement déduit des faits par lui souverainement appréciés que cette société holding, faute de participer au pouvoir de direction, ne pouvait être incluse dans l'unité économique et sociale* » (Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245 87-60.250, Bull. civ. V, n° 392) ; Dans le même sens, Cass. soc. 10 mai 2006, n° 05-60.192.

³⁶⁸ « *après avoir relevé la complémentarité des activités des cinq sociétés exercées sur le même site sous une direction identique, ce dont il résultait l'existence d'une unité économique, élément constitutif de l'unité économique et sociale, le tribunal...* », Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, RJS 2000, n° 67.

§ 1 – LA NOTION D’ACTIVITÉS IDENTIQUES ET COMPLÉMENTAIRES

127. Notion élargie – Dans certains de ses arrêts, la jurisprudence ne vise que l’identité d’activités³⁶⁹, dans d’autres, elle ne vise que la complémentarité d’activités³⁷⁰. En fin de compte, ce qu’elle recherche c’est « *l’identité ou la complémentarité d’activités* »³⁷¹. Les activités exercées peuvent donc être uniquement identiques **(A)**, mais elles peuvent être également complémentaires **(B)**.

A – LA NOTION D’ACTIVITÉS IDENTIQUES

128. La construction de la notion – Dans les premiers arrêts portant sur la notion d’UES, la Cour de cassation exigeait une identité d’activités. Ce critère était entendu strictement, ce qui s’expliquait au regard du contexte dans lequel s’est construite la notion d’UES **(1)**. Aujourd’hui, même si le critère des activités s’est élargi, il n’en demeure pas moins que certaines reconnaissances d’UES se font entre des personnes juridiques qui exercent les mêmes activités **(2)**.

1 – Les prémices

129. Fraude – Le critère des « *activités identiques* » s’est révélé progressivement aux yeux de la jurisprudence. Il n’est pas apparu d’emblée, lors de la création de la notion de l’UES, comme devant être vérifié. Les premières affaires révélaient des découpages sociétaires frauduleux³⁷². Une entreprise était scindée en plusieurs sociétés distinctes, en vue d’échapper à la représentation du personnel. Les activités poursuivies par ces sociétés étaient dès lors identiques. Il n’y avait qu’une seule et même activité derrière les différentes sociétés. Le critère de l’activité économique n’était de ce fait pas déterminant pour vérifier l’existence d’une entreprise unique³⁷³.

³⁶⁹ Cass. soc. 29 mai 1980, n° 80-60.022, Bull. civ. V, n° 466 ; Cass. soc. 22 févr. 1994, n° 93-60.133 ; Cass. soc. 8 oct. 1998, n° 97-60.383

³⁷⁰ Cass. soc. 1^{er} févr. 2006, n° 05-60.277 ; Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

³⁷¹ Cass. soc. 1^{er} mars 2000, n° 98-60.615 ; Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-27.541, 10-27.571, 10-27.575

³⁷² V. *infra*, n° 25 et s.

³⁷³, lorsqu’il étudie les critères de l’unité économique et sociale, considère le « *critère relatif à l’activité* » comme faisant partie des critères secondaires (R. DE LESTANG, « La notion d’unité économique et sociale d’entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, spéc. p. 13-14).

Considéré, dans les premiers arrêts de la Cour de cassation, comme critère secondaire, il permettait simplement de présumer l'UES lorsqu'il était satisfait³⁷⁴. La présence d'une identité d'activité et d'une identité de dirigeants révélait la fraude mise en place par ces dirigeants. L'existence d'une entreprise unique apparaissait derrière ces sociétés multiples. Pour autant, la Cour de cassation le considérait uniquement comme un critère secondaire. Elle ne vérifiait dès lors pas dans tous ses arrêts portant sur la reconnaissance d'une UES qu'il y avait une identité d'activité entre plusieurs sociétés pour qu'une unité économique et sociale soit reconnue³⁷⁵.

130. Hors fraude – Il en a été tout différemment lorsque l'UES a été utilisée, par la suite, dans des hypothèses autres que la fraude. Pour la Cour de cassation, ce changement opéré de domaine de l'UES a entraîné un changement de regard sur le critère de l'activité économique. Ce critère est devenu nécessaire pour reconnaître une UES³⁷⁶. À partir de ce moment-là, le juge d'instance devait, pour satisfaire au critère de l'unité économique, vérifier que les activités des différentes personnes morales appelées à faire partie de l'UES étaient identiques. La seule présence d'un pouvoir de direction unique n'était pas suffisante pour qu'il y ait une unité économique. L'existence d'activités identiques entre des personnes morales distinctes permettait à celles-ci d'être considérées comme une UES.

131. Activités identiques – Durant les années 1970, le critère de l'activité, devenu progressivement déterminant, était entendu strictement par la jurisprudence. Il fallait que les activités des personnes morales susceptibles d'être intégrées à une UES soient identiques. L'activité de chacune des personnes juridiques devait être la même pour qu'il y ait un « *ensemble économique commun* »³⁷⁷. C'est l'étroitesse des relations entre les différentes personnes juridiques qui permettait de reconnaître une unité économique et sociale. Il fallait une osmose totale entre ces personnes, une « *fusion étroite* », et notamment au niveau des

³⁷⁴ Cass. soc. 8 juin 1972, n° 71-12.860, Bull. civ. V, n° 418

³⁷⁵ Alors que le jugement du tribunal d'instance de Riom avait refusé de reconnaître une UES au motif essentiel que « *l'activité et l'objet des diverses sociétés étant différent et leur personnel séparé* », la Cour de cassation constate « *l'existence d'éléments communs tels que direction, locaux, service du personnel, accord de participation* ». Elle casse alors le jugement. Le défaut d'activité commune n'empêche *a priori* pas la reconnaissance de l'UES (Cass. soc. 28 févr. 1973, Bull. civ. V, n° 124) ; Dans le même sens, Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.063, Bull. civ. V, n° 711

³⁷⁶ Cass. soc. 8 juill. 1977, n° 77-60.524, Bull. civ. V, n° 484 ; Cass. soc. 29 mai 1980, n° 80-60.022, Bull. civ. V, n° 466

³⁷⁷ Un arrêt du 19 décembre 1972 déclare que trois sociétés constituent « *un ensemble économique unique* » au regard, notamment, « *de la confusion de leurs activités* » (Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.088, Bull. civ. V, n° 650). Cette stricte analyse de la Cour de cassation apparaît, par ailleurs, dans un autre arrêt de 1976. La Haute Juridiction décide que dix sociétés cinématographiques forment une unité économique et sociale du fait, notamment, que « *les objets économiques sont identiques* » (Cass. soc. 4 mars 1976, n° 75-60.154, Bull. civ. n° 142)

activités économiques, pour exister comme un ensemble unique. Cette fusion découlait de la « *compénétration, de la confusion de leurs activités* »³⁷⁸.

132. Activités analogues – Un arrêt du 2 juillet 1975³⁷⁹ met toutefois en exergue les limites du sens donné jusqu'alors à la notion d'activité au regard de l'UES. La question de la reconnaissance d'un groupe économique unique³⁸⁰ entre trois sociétés était posée. En matière informatique, l'une des sociétés faisait de la saisie des données tandis que les deux autres faisaient du traitement à façon. Alors que le pourvoi estimait que les activités étaient différentes, la Cour de cassation rejette le pourvoi en confirmant l'analyse du tribunal d'instance. Les sociétés « *exerçaient des activités analogues* ». En utilisant ce terme³⁸¹, la Cour de cassation admet implicitement que les activités n'étaient pas identiques. Il ne s'agissait pas exactement des mêmes activités. Mais, elles étaient similaires. Il y avait un rapport de ressemblance partielle entre elles, à savoir le service informatique. Cette proximité entre les activités des sociétés a permis la reconnaissance d'une UES entre les sociétés. N'admettre que les activités strictement identiques n'aurait certainement pas permis à la notion d'UES d'être utilisée dans un grand nombre de situations en droit du travail³⁸². Aujourd'hui, il peut arriver que les activités menées au niveau d'une UES soient identiques, même si ce n'est pas *a priori* la majorité des situations.

2 – Le critère de l'identité d'activités

133. Imprécision du critère – Le critère de l'activité est aujourd'hui clairement identifié comme étant une condition sine qua non de l'unité économique³⁸³. C'est un critère à part entière, rattaché au critère de l'unité économique. La Cour de cassation se réfère, dans

³⁷⁸ Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.088, préc.

³⁷⁹ Cass. soc. 2 juill. 1975, n° 74-60.016, Bull. civ. V, n° 367

³⁸⁰ Entendu dans le sens d'« *unité économique et sociale* »

³⁸¹ Dans le même sens, Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.088, préc.

³⁸² La Cour de cassation admet la présence d'une unité économique entre plusieurs sociétés « *même si leurs activités en tout état de cause complémentaires s'étaient diversifiées* ». Pour que le critère de l'activité soit satisfait, il faut au moins que les activités soient complémentaires (Cass. soc. 22 juill. 1975, n° 75-60.121). Dans le même sens, reconnaissance d'une UES entre plusieurs sociétés dont les « *activités sont, sinon identiques, du moins très voisines, puisqu'elles se rapportent toutes à la fabrication et à la vente de machines et de matériels agricoles et viticoles* » (Cass. soc. 6 janv. 1977, n° 76-60.153, Bull. civ. V, n° 14). Dans le même sens, reconnaissance d'une UES entre deux sociétés qui « *effectuaient des travaux de même nature* », (Cass. soc. 18 juin 1975, n° 75-60.039, Bull. civ. V, n° 331).

³⁸³ La Cour de cassation rejette le jugement reconnaissant l'UES, « *ces constatations ... ne pouvaient caractériser, la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction, élément constitutif, avec l'identité ou la complémentarité des activités et la communauté des travailleurs, de l'unité économique et sociale* », Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 164.

nombre d'arrêts, à la notion d'« *activités identiques ou complémentaires* »³⁸⁴. Elle a ainsi assoupli la notion d'activité afin de permettre à la notion d'UES d'exister pleinement. La Haute Juridiction vise à la fois l'identité des activités et la complémentarité des activités, sans toujours préciser si, dans le cas d'espèce, il s'agit d'activités identiques ou d'activités complémentaires³⁸⁵. Elle englobe les deux notions en une seule. Les activités des sociétés susceptibles de faire partie d'une UES peuvent être identiques ou complémentaires. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les deux.

Dès lors que les activités ont l'une ou l'autre caractéristique, le critère de l'activité est satisfait et est pris en compte pour reconnaître une UES. Il est ainsi possible que l'activité de certaines des sociétés d'une UES soit exactement la même et que ces sociétés aient des activités complémentaires avec d'autres sociétés de l'UES, l'ensemble de ces sociétés formant une UES. Les activités peuvent ainsi être « *pour certaines identiques ou complémentaires* »³⁸⁶. Mais, quand la Cour de cassation se réfère aux activités identiques ou complémentaires sans apporter de précision supplémentaire, il apparaît délicat de procéder à l'analyse de la notion d'activités identiques³⁸⁷.

134. Appréciation au cas par cas par les juges – Pour autant, tous les arrêts de la Cour de cassation ne se fondent pas sur la notion d'« *identité ou de complémentarité de l'activité* ». Quelques-uns mettent uniquement en avant la notion d'« *activités identiques* ». Si certains arrêts n'apportent pas de précision sur le sens à donner à cette notion³⁸⁸, d'autres, au contraire, permettent de mieux cerner la notion d'« *identité* ». C'est une appréciation au cas par cas qui est faite. Il en est ainsi dans un arrêt du 8 octobre 1998³⁸⁹. La chambre sociale de la Cour de cassation approuve le juge d'instance d'avoir décidé que de l'exploitation d'un hôtel quatre étoiles de caractère et d'une résidence hôtelière à caractère de club privé résultait « *l'identité des activités des sociétés* ». Ainsi, l'exploitation d'hôtels divers constitue une seule et même activité. De la même manière, le fait que dans l'esprit des fournisseurs subsistait une confusion sur la distinction entre les sociétés révèle l'identité d'activités³⁹⁰. Malgré tout, il y a très peu d'arrêts explicites sur la notion d'identité d'activités. Dans leur

³⁸⁴ Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60.266, Bull. civ. V, n° 257

³⁸⁵ Elle exige toujours que le critère de l'activité soit vérifié par les juges du fond même si ce critère n'est pas discuté par les parties (Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214).

³⁸⁶ Cass. soc. 1^{er} mars 2000, n° 98-60.615

³⁸⁷ Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-27.541

³⁸⁸ Cass. soc. 22 févr. 1994, n° 93-60.133 ; Cass. soc. 14 juin 2005, n° 04-60.401

³⁸⁹ Cass. soc. 8 oct. 1998, n° 97-60.383

³⁹⁰ Cass. soc. 7 oct. 1982, n° 81-60.955, Bull. civ. V, n° 533

grande majorité, les arrêts de la Cour de cassation visent la notion d'activités complémentaires.

B – LA NOTION D'ACTIVITÉS COMPLÉMENTAIRES

135. Notion difficile à cerner – La Cour de cassation se réfère très souvent à la notion d'activités complémentaires lorsqu'elle exerce un contrôle de la régularité des motifs. Pour autant, ce n'est pas un critère facile à cerner. La Haute Juridiction ne donne pas toujours « *les clés* » de compréhension de ce critère **(1)**. Ce critère de la complémentarité des activités semble satisfait dès lors que ces activités permettent d'avoir un ensemble économique cohérent **(2)**.

1 - l'identification difficile du critère

136. L'identité et la complémentarité – Dès la fin des années 1970, la Cour de cassation abandonne le seul critère de « *l'activité identique* » pour retenir « *l'identité ou la complémentarité des activités* »³⁹¹. La Cour de cassation rapproche, dans un certain nombre d'arrêts, l'identité et la complémentarité des activités. Elle vise pareillement la similitude des activités et la complémentarité des activités³⁹² sans préciser la raison pour laquelle le critère des activités est satisfait en l'espèce. Elle vérifie simplement que le critère des activités est bien présent dans le cas d'espèce et qu'il a été suffisamment caractérisé par les juges du fond pour permettre la reconnaissance de l'UES³⁹³.

³⁹¹ Cass. soc. 30 mars 1978, n° 78-60.007, Bull. civ. V, n° 257 ; Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, Bull. civ. V, n° 614. Avant ces arrêts, la Cour de cassation admettait déjà que la complémentarité des activités permettait de satisfaire au critère de l'activité sans pour autant se référer expressément à cette « *complémentarité* ». À titre d'exemple, reconnaissance d'une UES du fait que « *la société de prestation de service qui disposait de l'atelier de la société d'exploitation assurait l'entretien des camions de celle-ci et n'avait pratiquement pas d'autre activité* » (Cass. soc. 11 déc. 1975, n° 75-60.123, Bull. civ. V, n° 606).

³⁹² Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, Bull. civ. V, n° 186 ; Cass. soc. 25 sept. 2001, n° 00-60.224

³⁹³ « Le tribunal d'instance, qui a constaté qu'il y avait entre les sociétés CGEE Alsthom et Entrelec une complémentarité des activités, une concentration des pouvoirs de direction et une communauté de travail et d'intérêts professionnels du personnel a caractérisé l'unité économique et sociale existant entre ces deux sociétés » (Cass. soc. 5 mai 1988, n° 87-60.215, Bull. civ. V, n° 273) ; Dans le même sens, Cass. soc. 24 sept. 2003, n° 02-60.661

Il en résulte une imprécision quant au sens à donner à ce critère. S'il est certain que des activités simplement voisines³⁹⁴ ou des activités totalement différentes³⁹⁵ ne constituent pas des activités « *complémentaires* », il ne paraît pas toujours facile d'identifier avec certitude de telles activités. La Cour de cassation ne donne pas de définition du terme « *complémentaire* ». C'est une analyse au cas par cas qui est faite³⁹⁶. Le caractère complémentaire de l'activité constitue une question de fait, laquelle est appréciée souverainement par le juge du fond. Il en est ainsi dans un arrêt du 1^{er} février 2006³⁹⁷, dans lequel la Cour de cassation approuve l'analyse du tribunal sans apporter d'explication supplémentaire. Le juge du fond avait, à raison, « *constaté que les trois sociétés, dont les activités de transport étaient complémentaires* » formaient une UES. Or, le pourvoi contestait l'existence d'une telle complémentarité du fait notamment que les activités n'étaient pas « *déployées au profit de clients communs* ». La Haute Juridiction a rejeté le pourvoi sans qu'il soit possible de comprendre les raisons de ce rejet. La notion de complémentarité reste relativement obscure à la lecture d'un certains nombres d'arrêts³⁹⁸. Malgré tout, certains arrêts sont plus explicites et permettent de saisir davantage le sens donné par la jurisprudence à la notion de complémentarité.

³⁹⁴ Alors que le tribunal d'instance de Caen avait reconnu l'existence d'une unité économique et sociale en considérant que « *le gardiennage et le nettoyage pouvaient être considérés comme des activités voisines* », la Cour de cassation casse ce jugement en estimant que le tribunal n'a pas relevé « *entre les sociétés concernées une identité ou une complémentarité actuelle de leurs activités respectives, élément constitutif de l'unité économique et sociale* », Cass. soc. 3 mars 1988, n° 87-60.008, Bull. civ. n° 162. Dans le même sens, Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, 87-60.250, Bull. civ. V, n° 392.

³⁹⁵ « *Les deux sociétés administrées par le prévenu ont une fabrication totalement différente et une clientèle totalement distincte et exercent ainsi deux activités économiques véritablement autonomes* », Cass. soc. 7 févr. 1978, n° 77-90.614, Bull. crim. n° 47

³⁹⁶ Dans un arrêt du 1^{er} décembre 1999, il apparaît que le tribunal d'instance avait relevé, dans un premier temps, qu'il existait « *une certaine analogie entre les activités des sociétés Fontes de Paris et Fonderie du Der, une relative complémentarité entre l'activité de la société Fabrilor et Fonderie du Der* » et que la société Forges champenoises exerçait « *une activité de négoce correspondant aux productions des sociétés Fontes de Paris, Fonderie du Der et Chrométal Gider* », mais avait refusé, dans un second temps, la reconnaissance d'une UES entre ces sociétés. Pour le tribunal, « *il apparaît que le groupe Fonte de Paris réunit des sociétés qui sont toutes spécialisées dans la production de biens de nature différente et qui mettent en œuvre des compétences et des techniques qui leur sont propres* ». La Cour de cassation casse ce jugement en estimant que le tribunal avait « *relevé la complémentarité des activités des cinq sociétés sur le même site* ». A la lecture de cet arrêt, il est possible de se rendre compte combien l'appréciation des éléments constitutifs du critère de l'activité économique reste à tout le moins subjective (Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, RJS 2000, n° 67).

³⁹⁷ Cass. soc. 1^{er} févr. 2006, n° 05-60.277

³⁹⁸ Cass. soc. 24 janv. 1989, n° 88-60.357 ; Cass. soc. 8 févr. 1995, n° 94-60.178

2 – La recherche d'un ensemble économique cohérent

137. L'imbrication des activités – Pour autant, un fil conducteur semble se dégager à la lecture des arrêts de la Haute Juridiction. Cette ligne directrice est essentiellement perceptible dans des arrêts qui réfutent le caractère complémentaire de l'activité. Le rapport entre les activités des différentes personnes juridiques va au-delà du simple rapport pouvant exister entre société fournisseur et société cliente. Ce n'est pas une relation de clientélisme que le juge entend viser à travers la notion d'UES.

L'accent mis sur les activités réelles des sociétés est ainsi perceptible dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 octobre 1985³⁹⁹ lequel casse un jugement du tribunal d'instance de Moulins. Celui-ci affirmait que trois sociétés « *avaient des activités identiques ou complémentaires, se fondant sur le rapport spécial du commissaire aux comptes* ». Ce rapport mettait en avant le fait que deux des sociétés effectuaient « *l'essentiel ou, du moins, la part la plus importante de leurs achats et ventes* » avec la troisième société. La Cour de cassation rejette cette argumentation en estimant que cet élément de preuve retenu par le tribunal ne permettait pas à lui seul d'affirmer l'identité ou la complémentarité des activités. Pour les juges de droit, « *le rapport dressé en application de l'article 103 de la loi du 24 juillet 1966 ne concerne que les conventions passées entre sociétés ayant des administrateurs communs et ne permet donc pas de juger de l'importance des opérations qui en sont l'exécution par référence à l'ensemble des affaires traitées par l'entreprise* »⁴⁰⁰. Implicitement, la Cour de cassation recherche des indices permettant de vérifier que les activités de ces sociétés forment une « *unité* », c'est-à-dire que les activités des unes sont réalisées grâce aux activités des autres.

Cette relation de forte collaboration nécessite une imbrication des activités. Il y a un rapport de dépendance au niveau des activités. Il est certes possible que les activités soient différentes et que leur mise en œuvre soit également différente, dès lors qu'elles forment « *un ensemble économique cohérent* »⁴⁰¹. Les activités doivent « *former un tout en s'associant* »⁴⁰², pour devenir des activités autonomes vis-à-vis du monde extérieur⁴⁰³. Il est

³⁹⁹ Cass. soc. 2 oct. 1985, n° 84-60.969, Bull. civ. V, n° 430

⁴⁰⁰ Aujourd'hui, C. com. art. L. 225-40

⁴⁰¹ « *les activités peuvent être différentes pourvu que les sociétés soient liées entre elles* », comm. sous Cass. soc. 1^{er} déc. 1999, RJS 2000, n° 67

⁴⁰² Dictionnaire Petit Larousse, p. 234

⁴⁰³ Cass. soc. 6 juill. 1977, n° 77-60.526, Bull. civ. V, n° 471

ainsi possible de citer un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1977⁴⁰⁴, lequel ne reconnaît pas le caractère complémentaire des activités poursuivies par deux personnes distinctes. Alors que le pourvoi arguait du fait que le groupement d'intérêt économique Tepral et la société SEB avaient des activités « *complémentaires* », la Cour de cassation estime que « *le groupement d'intérêt économique Tepral avait pour activité la recherche de procédés de fabrication et conservation tant pour la SEB que pour la société Kronenbourg tandis que la SEB produisait et vendait de la bière* ». Les activités du GIE Tepral et de la société SEB apparaissent différentes. Il semble que, pour la Cour de cassation, l'activité de recherche portant sur un produit ne complète pas l'activité de production et de vente de ce même produit, dès lors que l'activité de recherche ne se fait pas uniquement en faveur de la société « *membre de l'UES* ».

Cette analyse stricte de la Cour de cassation révèle à tout le moins la nécessité pour les activités d'être imbriquées les unes dans les autres. Le simple fait de travailler ensemble ne suffit pas à rendre les activités « *complémentaires* ». Il faut que chacune des personnes juridiques ait besoin de l'autre ou des autres personnes juridiques. L'activité de l'un permet à l'activité de l'autre de se poursuivre dans les meilleures conditions. L'activité de l'un ne peut pas exister sans le soutien obtenu par l'autre grâce à son activité. C'est une activité qui s'inscrit dans le prolongement en amont ou en aval d'une autre activité⁴⁰⁵. L'activité d'une personne juridique doit alors permettre de « *rendre complet* »⁴⁰⁶ l'activité d'une autre personne juridique. Ces activités constituent de ce fait un ensemble achevé. Les activités réunies se trouvent tout à fait réalisées.

La notion d'activités identiques ou complémentaires est plus ou moins difficile à comprendre au regard de la jurisprudence, laquelle appréhende cette notion de façon particulière. Le critère des activités tient une place spécifique parmi les critères de l'UES.

⁴⁰⁴ Cass. soc. 8 juill. 1977, n° 77-60.524, Bull. civ. V, n° 484

⁴⁰⁵ Dans le cadre d'un groupe de sociétés, la société-mère n'exerce pas nécessairement la même activité de production que ses filiales. La société-mère peut avoir comme activité la gestion comptable et administrative de ses filiales, lesquelles sont « *organisées en une filière d'approvisionnement ou d'écoulement d'une même production* ». Cass. soc. 19 nov. 2008, n° 08-60.392

⁴⁰⁶ Dictionnaire Le Robert, 2002, p. 321

§ 2 – L'APPRÉCIATION JURISPRUDENTIELLE DU CRITÈRE

138. Véritable critère – Le critère des activités identiques ou complémentaires doit être satisfait pour toute demande de reconnaissance d'une UES. C'est un élément constitutif de l'UES, au même titre que la concentration du pouvoir de direction et l'existence d'une communauté de travail **(A)**. Mais, cet élément semble apprécié par la jurisprudence de manière relativement souple. Ce critère peut n'être que partiellement satisfait dès lors que les autres éléments de l'UES sont présents **(B)**.

A – ÉLÉMENT CONSTITUTIF DE L'UES

139. Critère principal – Lorsque le juge du fond examine une demande de reconnaissance d'une UES, il doit pouvoir constater l'existence d'activités identiques ou complémentaires entre les personnes juridiques appelées à faire partie d'une UES **(1)**. C'est l'exercice effectif des activités identiques ou complémentaires qui doit être vérifié par le juge du fond dans toute demande de reconnaissance d'une UES **(2)**.

1 – Le critère exigé dans toute reconnaissance d'UES

140. Critère primordial – Dans toute demande de reconnaissance d'une UES, les juges doivent vérifier que le critère de « *l'activité identique ou complémentaire* » est satisfait. La Cour de cassation précise sur ce point que « *l'identité ou la complémentarité des activités est, avec la concentration du pouvoir de direction et la communauté des travailleurs, un élément constitutif de l'unité économique et sociale* »⁴⁰⁷. Ce critère des activités est mis sur le même plan que les deux autres critères. Ce n'est pas un critère secondaire ou subsidiaire.

Dès lors que son absence est constatée, il n'est pas possible de reconnaître une unité économique. Dans un arrêt du 7 mars 2001⁴⁰⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve ainsi le tribunal d'instance d'avoir constaté que « *les activités exercées par les sociétés issues de la scission étaient différentes et non complémentaires, ce qui faisait obstacle, malgré une concentration des pouvoirs de direction entre les mains des mêmes*

⁴⁰⁷ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, 87-60.250, Bull. civ. V, n° 392

⁴⁰⁸ Cass. soc. 7 mars 2001, n° 00-60.044

dirigeants, à la reconnaissance de l'unité économique ». Pour la Haute Juridiction, le défaut d'activités identiques ou complémentaires constitue un véritable « *obstacle* » à la reconnaissance d'une UES. La présence des autres critères ne suffit pas à accéder à la demande de reconnaissance d'une UES. Ainsi, dans un arrêt du 21 octobre 1998⁴⁰⁹, la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir rejeté une demande formulée par l'Union locale CGT de reconnaître une UES entre deux sociétés dès lors que « *l'identité de dirigeant était le seul élément commun* ». Il en résulte que le tribunal « *a pu décider qu'il n'existait pas d'unité économique et sociale entre les sociétés concernées* ». Le juge ne peut pas procéder à une pondération des différents critères. Celui des activités est un critère à part entière qui se doit d'être vérifié à chaque fois qu'une demande de reconnaissance est faite⁴¹⁰.

141. Critère principal entre toutes les personnes juridiques d'une UES – Qui plus est, ce critère doit être constaté entre toutes les personnes juridiques appelées à faire partie d'une UES. Il faut, en principe, que les activités de chacune de ces personnes soient identiques, ou à tout le moins complémentaires. Il n'y a pas ainsi d'unité économique et sociale entre trois sociétés lorsque, parmi les éléments faisant défaut, il est relevé que « *deux des sociétés n'avaient pas entre elles d'activités complémentaires ou identiques* »⁴¹¹. Les faits de l'espèce ne sont pas précisés dans cet arrêt du 6 novembre 1996. Mais, au regard des termes employés par la Cour de cassation, il est probable qu'il n'y avait pas de véritable relation triangulaire entre ces sociétés. L'une des sociétés devait vraisemblablement exercer la même activité ou une activité en rapport avec les activités exercées par chacune des deux autres sociétés. En revanche, ces deux dernières ne devaient pas avoir tissé de liens suffisamment forts entre elles au niveau de leurs activités pour que celles-ci soient considérées par le juge comme étant complémentaires.

Ce que recherche la jurisprudence c'est la présence d'une unité, d'un ensemble économique cohérent. Cet ensemble ne peut être cohérent qu'à partir du moment où le travail de la communauté de travailleurs porte sur un même ensemble de tâches. Il faut donc que toutes les sociétés qui forment l'UES aient des activités identiques ou complémentaires. L'unité économique est ainsi caractérisée lorsque le tribunal d'instance constate que

⁴⁰⁹ Cass. soc. 21 oct. 1998, n° 97-60.432

⁴¹⁰ A titre d'exemple, absence d'UES dès lors que « *les sociétés CODOL, Creusot vêtements, SICM 24 et Weil n'ont ni activités identiques ou complémentaires, ni direction commune et qu'une communauté de travailleurs n'est pas établie* », Cass. soc. 3 oct. 1989, n° 88-60.728

⁴¹¹ Cass. soc. 6 nov. 1996, n° 95-60.934

« l'ensemble des six sociétés dont les activités économiques étaient identiques ou complémentaires étaient dirigées par les mêmes personnes »⁴¹².

142. Inclusion de sociétés sans personnel – À partir du moment où le juge constate *« qu'il existait une complémentarité entre les activités de toutes ces sociétés dont la direction était unique, toutes étant dirigées par la même personne »*, il y a lieu de reconnaître une UES entre plusieurs sociétés dont trois d'entre elles n'ont pas de personnel propre. Les éléments constitutifs de l'UES étant satisfaits, le fait d'inclure ces sociétés sans personnel dans l'UES *« permet aux salariés de ne pas être privés des informations auxquelles la loi leur donne la faculté d'accéder par la mise en place d'un comité d'entreprise commun »*. Dans cet arrêt du 17 décembre 2003⁴¹³, la Cour de cassation met en exergue le critère de l'activité complémentaire. Ces sociétés dépourvues de personnel sont en grande partie incluses dans l'UES eu égard à leur activité. L'ensemble des sociétés qui exercent la même activité ou des activités complémentaires font partie de l'UES, peu importe que certaines d'entre elles n'aient pas de personnel. Au contraire, rassembler toutes ces sociétés dans une UES a l'avantage de permettre aux salariés de l'UES d'avoir toutes les informations utiles et nécessaires en matière économique et sociale sur l'ensemble de ces sociétés. Ce qui importe pour la Cour de cassation c'est l'exercice effectif d'activités identiques ou complémentaires.

2 – L'exercice effectif d'activités identiques ou complémentaires

143. L'objet social – Plusieurs arrêts de la Cour de cassation illustrent parfaitement le problème de la détermination de l'activité identique ou complémentaire. De quelle activité s'agit-il ? Est-ce l'activité indiquée dans l'objet social ou est-ce l'une des activités réellement exercée par les salariés ? Un arrêt ancien de la chambre sociale évoque ainsi l'objet social à propos du critère de l'activité. La Cour de cassation approuve le tribunal d'avoir reconnu une UES, notamment après avoir constaté que *« les deux sociétés, la seconde étant une filiale de la première pour l'exploitation de licences étrangères, ont le même objet social, défini en termes identiques »⁴¹⁴*. Cette solution a l'avantage d'être simple dans son interprétation. L'examen seul de l'objet social déterminé dans les statuts⁴¹⁵ permet de savoir alors si le

⁴¹² Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214

⁴¹³ Cass. soc. 17 déc. 2003, n° 01-60.877

⁴¹⁴ Cass. soc. 17 mars 1976, n° 75-60.182, Bull. civ. V, n° 186

⁴¹⁵ Le droit des sociétés se réfère à la notion d'objet social lorsqu'il vise *« l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer »*, Y. CHAPUT, *De l'objet des sociétés commerciales*, Thèse, Université de Clermont-Ferrand, 1973, p. 35 .

critère des activités est satisfait ou pas. En revanche, s'il est vrai que l'objet social ne peut pas être indéterminé en vertu du principe de spécialité, il peut toutefois être entendu largement et porter sur différentes activités. Dès lors, les activités de plusieurs personnes juridiques peuvent être différentes malgré une similitude de l'objet social de chaque personne juridique. Ceci explique certainement pourquoi cet arrêt de 1976 est resté isolé dans sa formulation.

La jurisprudence s'attarde aujourd'hui à regarder l'activité réellement exercée. Ainsi, le tribunal d'instance a légalement justifié sa décision après avoir « *retenu que les activités, statutaires et effectives, des sociétés concernées étaient complémentaires dans la filière de l'insémination bovine* »⁴¹⁶. Le juge ne peut donc pas bâtir sa réponse à une demande de reconnaissance d'une UES en se fondant uniquement sur les statuts de la société. Il lui faut faire également une recherche *in concreto* de l'activité effective des membres de l'UES. Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble exiger que le critère de l'activité identique ou complémentaire soit satisfait à la fois au niveau des statuts et dans les faits. Le juge s'adonne ainsi à une étude comparative de l'objet social et de l'activité effective. S'il apparaît que plusieurs activités sont marquées dans les statuts d'une société, le juge vérifie alors que l'une de ces activités au moins est identique ou complémentaire avec celles des autres sociétés appelées à intégrer une UES. Il faut qu'il y ait une cohérence d'ensemble entre les activités menées par les personnes juridiques susceptible d'intégrer une UES. Toutefois, la jurisprudence apprécie de manière souple ce critère des activités en admettant que ce critère ne soit satisfait que partiellement.

B – APPROCHE SPÉCIFIQUE DU CRITÈRE DE L'ACTIVITÉ

144. Élément déterminant – L'exigence du critère de « *l'identité ou la complémentarité des activités* » permet de dévoiler une vision renouvelée de l'UES-entreprise. À l'inverse de la notion d'entreprise entendue traditionnellement, l'activité poursuivie par les personnes devant composer l'UES constitue un élément déterminant de la notion d'UES. À titre d'exemple, la Cour de cassation casse le jugement qui retient que quatre sociétés « *dépendaient toutes quatre de la même société holding et étaient en conséquence liées par la même stratégie commerciale et financière* ». Pour la Cour, ces constatations sont

⁴¹⁶ Cass. soc. 15 mars 2006, n° 05-60.169

simplement « *relatives au pouvoir de coordination auquel était subordonnée leur politique financière et commerciale* ». Cet élément retenu par le jugement ne permet pas de caractériser notamment « *l'identité ou la complémentarité des activités* »⁴¹⁷. De la même manière, « *un accord dont l'objet est limité à la mise en place d'un service médical commun, ne vaut pas à lui seul reconnaissance conventionnelle d'une unité économique et sociale* »⁴¹⁸. C'est une véritable activité qui doit lier les personnes juridiques rassemblées dans une UES, à savoir l'activité principale de chacune de ces personnes⁴¹⁹. Une activité annexe, commune aux différentes sociétés, ne peut suffire pour satisfaire au critère de l'activité. Il faut que l'ensemble économique, qu'il s'agisse d'identité ou de complémentarité d'activité, soit réellement achevé et entier, même si la Cour de cassation se refuse à avoir une approche totalisante du critère de l'activité.

145. Refus d'une approche totalisante – À travers l'étude des arrêts de la Cour de cassation, nous pouvons nous apercevoir que la jurisprudence est parfois relativement souple s'agissant du critère de l'activité. C'est un critère particulier qui garde toute son importance, mais qui ne doit pas empêcher la reconnaissance d'une UES lorsque celle-ci est tangible.

Un arrêt du 12 janvier 2005⁴²⁰ dispose ainsi sans ambiguïté qu'« *une unité économique et sociale peut exister entre deux sociétés, même si l'activité de l'une, dans son ensemble, n'est complémentaire que de l'activité d'un secteur de production de l'autre, si tous les salariés des deux sociétés constituent une seule communauté de travailleurs* ». Pour la Cour de cassation, la complémentarité des activités ne doit pas être nécessairement totale. Lorsque les critères de l'UES sont examinés, le juge du fond doit trouver un équilibre entre les différents critères. Dès lors que le critère de l'unité sociale est satisfait et que l'activité menée par chaque société complète celle menée par l'autre société au niveau d'un secteur de production, le juge peut décider que le critère de l'activité est effectif. Selon les auteurs, « *la Cour de cassation repousse cette approche totalisante et réductrice qui visait à privilégier l'unité économique au détriment de l'unité sociale* »⁴²¹. Le critère de l'activité est, certes,

⁴¹⁷ Cass. soc. 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 164

⁴¹⁸ Cass. soc. 24 mai 2000, n° 99-60.165

⁴¹⁹ Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 11-60.147, publié au bulletin. Il est important de pouvoir identifier l'activité principale de l'UES. Cet arrêt en est une illustration. La Cour de cassation évoque l'activité principale de l'UES au regard du champ professionnel d'un syndicat. Pour la chambre sociale, « *le champ professionnel tel que déterminé par les statuts d'un syndicat et lui donnant vocation à représenter les salariés d'une UES, doit s'apprécier par référence à l'activité principale de cette UES* ». Il en résulte que la désignation d'un délégué syndical est justifiée dès lors que le syndicat couvrait le champ professionnel de l'UES.

⁴²⁰ Cass. soc. 12 janv. 2005, n° 03-60.477, Bull. civ. V, n° 5; D. 2005, p. 2499; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 592

⁴²¹ B. LARDY-PELISSIER, J. PELISSIER, « Droit du travail », D. 2005, p. 2499

requis, mais il ne doit pas faire fi de l'existence d'une cohésion sociale entre tous les salariés des deux sociétés. En fin de compte, c'est un critère apprécié de manière souple par la jurisprudence.

La recherche fructueuse des critères de l'unité économique permet au juge de procéder à la recherche des critères de l'unité sociale pour parvenir ainsi le cas échéant à la reconnaissance pleine et effective de l'unité économique et sociale.

Chapitre 2

LE CRITÈRE DE L'UNITÉ SOCIALE

146. Élément constitutif de l'UES – L'unité sociale est un des éléments constitutifs de l'UES. Elle ne découle pas de l'unité économique⁴²². Elle doit être caractérisée en elle-même⁴²³. Pour autant, le législateur ne précise pas le sens à donner à la notion d'unité sociale et la jurisprudence indique simplement que l'unité sociale doit correspondre à une communauté de travail. Elle ne donne pas de définition simple et unique de l'unité sociale.

Pour la jurisprudence, le critère de l'unité sociale doit être satisfait par la reconnaissance d'une communauté de travail (**Section 1**). S'il est certain que la Cour de cassation ne détermine pas l'unité sociale, elle en précise toutefois certains de ses contours. Il apparaît ainsi que la permutabilité du personnel et la gestion du personnel permettent à eux seuls, pour une large part, de caractériser l'unité sociale (**Section 2**).

Section 1

La reconnaissance d'une communauté de travailleurs

147. La recherche d'une seule et même communauté – Le juge du fond est appelé à caractériser l'existence d'une seule et même communauté de travailleurs au niveau de l'UES (§ 1). La communauté est constatée par le juge du fond au regard d'indices (§ 2). Alors que l'unité économique suppose la réunion de deux critères cumulatifs et nécessaires, à savoir une concentration du pouvoir de direction⁴²⁴ et l'exercice d'activités identiques ou

⁴²² « L'existence d'une unité économique ne suffit pas à présumer de l'existence d'une unité de gestion ni à établir l'existence d'une communauté de travail », Cass. soc. 25 sept. 2002, n° 01-60.677

⁴²³ Cass. soc. 5 déc. 1985, n° 84-60.994, Bull. civ. V, n° 574 ; Cass. soc. 5 mai 1988, n° 87-60.215, Bull. civ. V, n° 273

⁴²⁴ Cass. soc. 24 mars 1988, n° 87-60.107, Bull. civ. V, n° 215 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; Cass. soc. 13 oct. 2004, n° 03-60.216

complémentaires⁴²⁵, l'unité sociale ne peut être révélée qu'à partir d'indices multiples et divers.

§ 1 – LA CONSTITUTION D'UNE SEULE ET MÊME COMMUNAUTÉ

148. L'unité sociale au niveau de l'UES – La notion d'unité sociale est appréhendée au niveau de l'UES uniquement. Considérée comme une entreprise en droit du travail, l'unité sociale doit ainsi être constituée à partir de personnels salariés distincts **(A)**. Il résulte de cette analyse d'ensemble de l'unité sociale que la présence d'une société sans personnel dans une UES est possible. Pour la jurisprudence, une personne morale n'ayant pas de personnel salarié peut intégrer une UES. Le juge ne fait que rechercher une communauté homogène de travailleurs au niveau de l'UES, nonobstant la répartition du personnel au sein des personnes morales **(B)**.

A – LA CONSTITUTION D'UNE COMMUNAUTÉ À PARTIR DE PERSONNELS SALARIÉS DISTINCTS

149. Vision globale des salariés – La jurisprudence précise que l'unité sociale est à la fois formée par l'ensemble des personnels salariés **(1)** et par l'ensemble des personnes morales incluses dans l'UES **(2)**. Il existe ainsi une communauté de travail permettant la reconnaissance d'une unité économique et sociale dès lors que les salariés des personnes juridiquement distinctes qui sont appelées à intégrer l'UES constituent une telle communauté.

1 – L'unité sociale constituée par les salariés

150. Communauté de travail au niveau de l'UES – La Cour de cassation énonce clairement, dans certains de ses arrêts, que c'est au niveau de l'UES envisagée qu'il doit y avoir une communauté de travail. Les travailleurs qui proviennent de plusieurs personnes

⁴²⁵ Cass. soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, Bull. civ. V, n° 614 ; Cass. soc. 5 mai 1988, n° 87-60.215, Bull. civ. V, n° 273 ; Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.315, Bull. civ. V, n° 396 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, Bull. civ. V, n° 219

juridiquement distinctes forment ensemble une seule et même communauté. Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2004, pour la Haute juridiction, après avoir caractérisé une unité économique, « *le jugement qui a retenu l'existence d'une communauté de travail entre les salariés de l'ensemble des sociétés caractérisant ainsi l'unité sociale, a pu décider que celles-ci formaient une unité économique et sociale* »⁴²⁶. Le juge d'instance, pour rendre sa décision de reconnaissance d'une UES, doit vérifier que les salariés forment ensemble une communauté de travail.

Il ne s'agit pas pour lui de déterminer quelles sont les communautés de travail qui existent au niveau des personnes morales et qui sont susceptibles de constituer ensemble une unité sociale. Les caractéristiques principales de chaque collectivité de travail qui existe au niveau de chaque personne morale ne sont pas relevées par le juge pour ensuite les rapprocher de celles des autres collectivités de travail. L'examen du juge porte directement sur les salariés des sociétés potentiellement incluses dans l'UES. La Cour de cassation précise bien qu'une unité sociale peut être retenue entre « *les personnels de (...) trois entités* »⁴²⁷. Il doit ainsi exister des liens relativement forts entre les travailleurs de chacune des personnes juridiques susceptibles de composer l'UES. Le juge du fond ne part dès lors pas du principe que les salariés de chaque personne juridique constituent déjà une collectivité de travail homogène.

151. La cohérence d'ensemble – La recherche du juge se fait bien au-delà de la collectivité de travail qui existe par personne morale. Ainsi, dans un arrêt du 22 novembre 2000⁴²⁸, il apparaît que les salariés des différentes personnes morales appelées à intégrer une UES n'avaient pas tous la même convention collective. Au sein de chaque personne juridique, plusieurs conventions collectives étaient appliquées. La jurisprudence a fait preuve de réalisme en admettant qu'il puisse y avoir des distinctions au sein de la personne morale susceptible d'être intégrée dans l'UES. Le tribunal d'instance, approuvé par la Cour de cassation, a ainsi effectué un examen global de la situation des salariés. Il a conclu à l'existence d'une unité sociale en constatant notamment « *que la grande majorité des salariés employés par ces sociétés était régie par les mêmes textes conventionnels* ». Le juge a ici regardé les sociétés comme un ensemble unique. Et, partant de ce principe, il a observé que

⁴²⁶ Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214

⁴²⁷ Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.135, Bull. civ. V, n° 157

⁴²⁸ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

les salariés, dans leur grande majorité, étaient soumis à la même convention collective. Il était dès lors possible de relever cet indice en faveur de la reconnaissance d'une unité sociale.

Au niveau de l'UES, le découpage juridique existant entre les personnes morales n'est pas pris en considération par le juge. Lors de la reconnaissance de l'UES, celle-ci constitue une entreprise à établissement unique avant que ne soit envisagée la possibilité de la scinder en plusieurs établissements multiples⁴²⁹. Les caractéristiques d'une entreprise à structure simple doivent donc pouvoir être relevées par le juge, lequel doit nécessairement faire abstraction des différentes personnes morales existantes. L'unité sociale est ainsi « *formée par l'ensemble du personnel* »⁴³⁰ des différentes personnes juridiquement distinctes.

2 – L'unité sociale constituée à partir de toutes les personnes morales

152. L'unité sociale au niveau de toutes les personnes morales – Il ne suffit pas de vérifier le critère de l'unité sociale au niveau des salariés des personnes morales composant l'UES, il faut également que ce critère soit satisfait pour toutes ces personnes morales. La Cour de cassation use de différentes formules pour indiquer que cet examen effectué par le juge du fond se fait de manière globale. Ainsi, dans un arrêt du 14 mai 1987, la chambre sociale approuve le tribunal d'instance d'avoir relevé divers éléments « *identiques dans toutes les sociétés* »⁴³¹ permettant de reconnaître une unité sociale. De même, une unité économique et sociale peut être reconnue entre plusieurs sociétés lorsque certains indices « *communs aux salariés de ces sociétés étaient de nature à caractériser l'existence d'une unité sociale* »⁴³². L'unité sociale doit donc pouvoir se vérifier au niveau de « *l'ensemble des sociétés* »⁴³³.

153. Indifférence de la présence d'établissements – Dès lors, le juge du fond n'opère pas de distinction selon la situation des personnes morales susceptibles d'intégrer une UES. Il importe peu que ces personnes morales soient à établissement unique ou à établissements multiples. Le juge d'instance, quand bien même pourrait pointer la présence d'établissements

⁴²⁹ « *La constatation de l'existence d'une UES n'empêche pas la reconnaissance en son sein d'établissements distincts* » (Cass. soc. 20 mars 2002, n° 01-60.090).

⁴³⁰ Cass. soc. 6 mai 1985, n° 84-60.664, Bull. civ. V, n° 273

⁴³¹ Cass. soc. 14 mai 1987, n° 86-60.443, Bull. civ. V, n° 327

⁴³² Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, préc.

⁴³³ Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214

distincts parmi les sociétés composant l'UES, ne prend pas en considération cet élément pour rendre sa décision⁴³⁴. Il n'y a pas de référence explicite faite à cette présence.

Or, au regard des faits d'espèce, l'existence d'établissements distincts au sein des sociétés appelées à faire partie d'une UES peut parfois être notée. La jurisprudence admet qu'une telle situation soit envisageable. Les sociétés sont alors incluses dans l'UES, de même que les établissements de chacune de ces sociétés et leurs personnels respectifs⁴³⁵.

154. La communauté de travail au sens d'établissement distinct – S'il est certain que la présence d'établissements n'empêche pas la reconnaissance d'une UES, il faut toutefois noter l'utilisation des mêmes termes pour qualifier ces deux notions que sont l'établissement distinct et l'UES. En effet, l'établissement distinct au sens des délégués du personnel et l'UES se définissent en partie par rapport à la communauté de travail. La jurisprudence, dans un arrêt du 29 janvier 2003, pose la définition de l'établissement distinct. Pour l'élection des délégués du personnel, il faut notamment « *une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques* »⁴³⁶. Dans une société, il peut ainsi y avoir plusieurs établissements distincts permettant la mise en place des délégués du personnel. Plusieurs communautés de travail sont ainsi susceptibles d'être reconnues au sein d'une même société. Cette société, dès lors qu'elle est appelée à intégrer une UES, voit ses salariés constituer une communauté de travailleurs avec les salariés d'autres entreprises. Tant l'unité sociale que l'établissement distinct au sens de délégués du personnel renvoient à la notion de « *communauté de travail* », mais cette notion est spécifique pour chaque périmètre de mise en place des représentants du personnel.

La jurisprudence précise que l'établissement distinct est composé d'une « *communauté de travail ayant des intérêts propres* »⁴³⁷. Dans un arrêt relativement récent, la chambre sociale vise pareillement une « *communauté ayant des intérêts propres* » à propos de l'UES⁴³⁸. Ces deux notions semblent ainsi se confondre *a priori*. Mais, il n'en est rien. Plusieurs communautés de travail reconnues au sens de l'établissement distinct peuvent

⁴³⁴ Cass. soc. 14 févr. 2001, n° 99-60.435

⁴³⁵ La Cour de cassation pose clairement comme règle l'inclusion des établissements des personnes morales composant l'UES au sein de l'UES. L'arrêt du 7 mai 2002 énonce ainsi que les « *personnes juridiquement distinctes sont prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels* » (Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-40.424, Dr. soc. 2002, p. 75, note J. SAVATIER, Semaine sociale Lamy, n° 1076, p. 12, concl. P. LYON-CAEN). Arrêt confirmé par la suite, Cass. soc. 10 nov. 2010, n° 09-60.451, Bull. civ. V, n° 256, Rev. dr. trav. 2011, p. 24.

⁴³⁶ Cass. soc. 29 janv. 2003, n° 01-60.628, Bull. civ. V, n° 30, RJS 2003, n° 479

⁴³⁷ Cass. soc. 29 janv. 2003, préc.

⁴³⁸ Cass. soc. 18 juin 2003, n° 02-60.033

former une seule communauté de travail au sens de l'UES parce qu'elles n'ont pas les mêmes caractéristiques. La communauté au sens d'établissement distinct existe à partir du moment où les salariés ont la possibilité de former des réclamations. Les salariés qui peuvent être amenés à formuler des demandes « *communes et spécifiques* » constituent, de ce fait, une communauté de travail. Dans le cadre d'une UES, l'unité sociale englobe beaucoup plus d'éléments pour être caractérisée. Elle existe au-delà de la simple réclamation. Les salariés qui sont susceptibles de formuler des réclamations totalement différentes les uns des autres peuvent constituer une communauté de travailleurs au regard de l'UES puisque la notion d'unité sociale renvoie au statut conventionnel et à l'organisation du travail lesquels doivent être communs pour permettre la reconnaissance d'une unité sociale⁴³⁹.

155. Conclusion – La jurisprudence exige que l'unité sociale soit satisfaite entre les salariés des personnes morales qui sont susceptibles d'intégrer une UES. La présence d'établissements distincts au sein d'une ou de plusieurs de ces personnes morales n'affecte pas l'éventuelle reconnaissance de l'UES. La notion d'unité sociale correspond à une définition plus large de la communauté de travailleurs que celle visée en matière d'établissement distinct au sens des délégués du personnel. Plusieurs communautés de travail au sens de l'établissement distinct peuvent former une communauté de travail au sens de l'UES. Ce qui compte, pour la Cour de cassation, c'est que l'unité sociale puisse se vérifier de manière globale, au niveau de l'ensemble des salariés des sociétés incluses dans l'UES. Cette exigence n'est toutefois pas absolue. La jurisprudence admet en effet qu'une société dépourvue de personnel fasse partie d'une UES.

B – L'INTÉGRATION DE SOCIÉTÉS SANS PERSONNEL

156. Pour toute reconnaissance d'une UES – En principe, la jurisprudence fait abstraction des effectifs pour reconnaître une unité sociale. Elle ne s'attache pas à vérifier qu'il y a un nombre suffisant de personnels au niveau de la communauté de travailleurs de l'UES pour qu'une institution représentative du personnel puisse être mise en place⁴⁴⁰. Il n'y a

⁴³⁹ « le tribunal d'instance, ..., a pu décider que, même dispersés géographiquement au sein de sociétés déjà pourvues d'une représentation du personnel, les salariés de ces sociétés constituaient une communauté de travailleurs caractérisant l'unité sociale » dispose la Cour de cassation, laquelle laisse entendre que l'unité sociale ne peut pas être réfutée par la présence d'établissements distincts (Cass. soc. 14 févr. 2001, n° 99-60.435).

⁴⁴⁰ La mise en place des institutions représentatives du personnel obéit toutefois aux conditions d'effectif visées par le Code du travail pour chacune de ces institutions (C. trav. art. L. 2322-2 pour le comité d'entreprise ;

pas non plus un nombre minimum de salariés par personne juridique composant l'UES. Ce qui compte c'est qu'il y ait une communauté de travailleurs au niveau de l'UES. Il faut donc que la présence de plusieurs salariés puisse être constatée pour que leur défense puisse se faire par le biais de l'UES. Au niveau de l'UES, il y a bien une communauté de travailleurs, composée de différents travailleurs.

Mais, au niveau infra-UES, chaque personne juridique n'est pas nécessairement pourvue de personnel salarié. Certains arrêts mettent en avant cette problématique : est-il possible de reconnaître une UES entre plusieurs personnes morales ayant chacune du personnel salarié et une personne morale dépourvue de salariés ? La jurisprudence admet qu'une société sans personnel puisse intégrer une UES. Cette solution vaut pour toute demande de reconnaissance d'une UES **(1)**. S'il est certain que l'unité sociale est alors plus restreinte que l'unité économique, cette règle se justifie pleinement dès lors que c'est une communauté de travail qui constitue l'unité sociale au niveau de l'UES **(2)**.

1 – L'état de la jurisprudence

157. Pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun – La question de l'intégration d'une société sans personnel dans une UES n'a été abordée qu'à la fin des années 1990 auprès de la Cour de cassation. La question s'est posée, dans un premier temps, pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun. La jurisprudence a alors admis qu'une UES puisse avoir en son sein une société sans personnel. Dans son arrêt du 21 janvier 1997⁴⁴¹, la Haute Juridiction a ainsi approuvé la position du tribunal d'instance à l'égard d'un ensemble de six sociétés. Reconnaisant une UES, le tribunal d'instance avait constaté que le critère économique était bien présent entre les six sociétés⁴⁴² et que le critère

C. trav. art. L. 2312-2 pour les délégués du personnel ; C. trav. art. L. 2143-3 pour les délégués syndicaux). Mais, la reconnaissance d'une UES n'est pas subordonnée au dépassement de ces différents seuils. Le fait que l'UES ne soit plus aujourd'hui une notion relative conforte l'idée selon laquelle l'UES est reconnue sans que les seuils de 11 salariés ou de 50 salariés ne soient pris en considération. C'est dans un second temps, lorsqu'il s'agit d'organiser effectivement les élections des représentants du personnel, que ces conditions doivent être respectées.

⁴⁴¹ Cass. soc. 21 janv. 1997, n° 95-60.833, Bull. civ. V, n° 28 ; RJS 1997, n° 300 ; Dr. soc. 1997, p. 347

⁴⁴² La Cour de cassation relève que le tribunal d'instance « a constaté l'existence d'une concentration des pouvoirs de direction et la complémentarité des activités des sociétés ». La Cour de cassation rappelle ici que le critère économique implique la vérification de deux éléments cumulatifs, à savoir concentration du pouvoir de direction et complémentarité des activités. La Cour de cassation vérifie ce critère de l'unité économique pour l'ensemble des sociétés. Elle n'opère pas de distinction entre ces sociétés.

social se vérifiait entre quatre sociétés⁴⁴³. Pour la Cour de cassation, le tribunal « *a pu en déduire l'existence entre les sociétés d'une unité économique et sociale* ». Elle vient ensuite préciser que « *la circonstance qu'une société n'ait pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* ».

Approuvant cette position jurisprudentielle inédite, la doctrine a souligné le lien existant entre la société n'employant pas de personnel et le comité d'entreprise commun⁴⁴⁴. La Cour de cassation semble en l'espèce admettre qu'il est possible d'intégrer une société sans personnel dans une UES uniquement pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun. Une telle société peut en effet jouer un rôle clef⁴⁴⁵, constituer une société dominante sur le plan économique. Or, seul le comité d'entreprise constitue une institution avec une finalité économique. Pouvoir obtenir des informations économiques utiles sur une société, dépourvue par ailleurs de personnel, et les utiliser permet au comité d'entreprise d'exercer pleinement son mandat électoral. Les délégués du personnel et les délégués syndicaux, n'ayant pas de rôle à jouer en matière économique, la Cour de cassation ne semblait pas vouloir leur appliquer cette nouvelle jurisprudence⁴⁴⁶. Cette position différenciée selon l'institution en cause est alors approuvée par la doctrine.

158. Pour la mise en place des délégués syndicaux et du personnel – Dans un second temps, la Cour de cassation a utilisé à nouveau cette solution mais, en élargissant son champ d'application. Il en est ainsi dans un arrêt du 24 novembre 2004⁴⁴⁷. Une UES avait été constatée entre deux sociétés par le tribunal d'instance de Vanves pour la désignation d'un délégué syndical. Contestant ce jugement, le pourvoi faisait notamment valoir qu'« *une société n'employant pas de personnel ne saurait ... être intégrée dans une unité économique et sociale pour la désignation de délégués du personnel ou de délégués syndicaux communs* ». En l'espèce, la société Amadeus France SNC était dépourvue de tout salarié. La Cour de

⁴⁴³ La Cour de cassation précise que « *dans les sociétés SMF, SEAM, MFPM et SMTG* » il y a la présence d'une communauté de travailleurs « *caractérisée par l'identité de statut social et la permutabilité des salariés* ». Le critère social n'est dès lors pas vérifié dans la société SEP ni dans la société Sodemin. Ce critère de l'unité sociale existe entre les quatre autres sociétés uniquement.

⁴⁴⁴ « *la décision de la Cour de cassation ne pouvait être étendue à la désignation d'un délégué syndical au nom de l'approche fonctionnelle de la notion d'unité économique et sociale* », C. NEAU-LEDUC, note ss Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.329, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 395

⁴⁴⁵ « *La société sans personnel avait pour mission la mise en commun des moyens financiers, techniques et industriels des autres sociétés. Elle avait donc un rôle clef.* », obs. ss Cass. soc. 21 janv. 1997, RJS 1997, n° 300

⁴⁴⁶ La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 avril 1999, établit à nouveau un lien entre une société sans personnel incluse dans une UES et le comité d'entreprise commun : « *la circonstance que la société Sam Y... n'ait pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* » (Cass. soc. 14 avr. 1999, n° 98-60.147, 98-60.238, 98-60.239).

⁴⁴⁷ Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.329, Dr. soc. 2005, p. 230 ; Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 395

cassation rejette le pourvoi en énonçant que « *la circonstance que la société Amadeus France SNC n'ait pas de salariés ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre les deux sociétés pour la désignation d'un délégué syndical* ». L'arrêt du 24 novembre 2004 ne cantonne plus la solution du 21 janvier 1997 au comité d'entreprise. Les délégués syndicaux peuvent également bénéficier de cette jurisprudence et ainsi parvenir à la reconnaissance d'une UES entre des personnes juridiques, dont l'une est dépourvue de personnel. Cette solution extensible fait suite à l'arrêt novateur du 13 juillet 2004⁴⁴⁸ lequel énonce que « *la notion d'unité économique et sociale n'est pas relative* ». Désormais, la Cour de cassation n'opère plus de distinction selon l'institution en cause. La reconnaissance d'une UES permet à n'importe quelle institution représentative du personnel d'être mise en place. L'arrêt du 24 novembre 2004 confirme la fin de la relativité de la notion d'UES⁴⁴⁹ en admettant qu'une société sans personnel soit incluse dans l'UES. Pour autant, cette jurisprudence oblige à s'interroger sur son bien-fondé.

2 – La justification de la règle

159. Périmètre étroit de l'unité sociale – La communauté de travailleurs qui doit exister pour qu'une UES soit reconnue doit, en principe, être formée à partir des différents personnels salariés des personnes juridiques composant l'UES⁴⁵⁰. Or, dans l'arrêt du 24 novembre 2004, il existe une collectivité de travailleurs au niveau d'une seule société. La communauté-UES ne réunit pas deux collectivités pour n'en former qu'une seule. Le critère social, qui se doit d'être vérifié pour la reconnaissance d'une UES, fait alors défaut.

À la lecture de la jurisprudence portant sur la question de l'inclusion de sociétés sans personnel dans une UES, il apparaît que « *l'unité sociale serait donc moins étendue que l'unité économique* »⁴⁵¹. S'il est certain que chacun de ces critères se doit d'être vérifié pour

⁴⁴⁸ Cass. soc. 13 juill. 2004, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1490, note B. SAINTOURENS ; TPS, 2004, comm. n° 303, obs. J.-M. OLIVIER ; JSL 2004, n° 153, p. 10, obs. J.-E. TOURREIL. Adde, J. SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », Dr. soc. 2004, p. 944 ; S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE, « La notion d'unité économique et sociale : une notion objective », JCP E, 2004, 1544.

⁴⁴⁹ V. *supra*, n° 279 et s.

⁴⁵⁰ V. *infra*, n° 45 et s.

⁴⁵¹ J. SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale (à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997) », Dr. soc. 1997, p. 349

reconnaître une unité économique et sociale⁴⁵², l'unité sociale peut n'exister qu'au niveau d'une partie des personnes morales constituant une unité économique. Le périmètre de l'unité sociale est plus étroit que celui de l'unité économique. C'est ce dernier périmètre qui est retenu comme périmètre de l'unité économique et sociale. Le juge entend ainsi, dans l'intérêt des salariés, faire prévaloir le critère économique sur le critère social.

En effet, ceci se vérifie dans l'arrêt précité. La Cour de cassation, en précisant qu'« *il existait une communauté de travailleurs intéressés par les activités complémentaires des deux sociétés dont la direction était commune* », parvient à convaincre de sa solution. En l'espèce, les salariés de la société Amadeus France services « *travaillaient de fait pour la société Amadeus France SNC* ». La communauté de travailleurs travaillait ainsi pour les deux sociétés. Elle doit dès lors pouvoir être défendue à ce titre par les représentants du personnel dans les deux sociétés. C'est une approche téléologique qui est suivie par la Cour de cassation. « *L'unité économique et sociale ayant pour finalité la défense des intérêts de la communauté de travailleurs dans un périmètre donné* »⁴⁵³, cette défense doit pouvoir s'exercer au niveau de sociétés dépourvues de salariés. Ce que recherche le juge, lorsqu'il est appelé à reconnaître une UES, c'est l'entreprise en droit du travail.

160. Recherche du lieu d'exercice du pouvoir – La représentation du personnel doit pouvoir se dérouler au niveau où se prennent les décisions. Une société holding sans personnel doit devenir un lieu accessible pour les représentants des personnels des filiales. C'est en ce sens que la jurisprudence exige que la personne qui exerce le pouvoir soit incluse dans l'UES⁴⁵⁴. L'UES doit pouvoir constituer un lieu de plein exercice du pouvoir de représentation salariale. « *Il est évident que si l'on ne peut pas inclure dans l'unité économique et sociale la société holding qui contrôle les autres sociétés parce qu'elle n'emploie pas de salariés, la portée de la reconnaissance de cette unité serait très réduite. Il faut éviter cette exclusion de la holding pour conserver au concept d'unité économique et sociale son caractère opérationnel* »⁴⁵⁵. Les représentants du personnel doivent pouvoir être en mesure d'exercer leur mandat au niveau d'une société dépourvue de personnel. L'absence

⁴⁵² Cass. soc. 5 déc. 1985, n° 84-60.994, Bull. civ. V, n° 574 ; Cass. soc. 7 juill. 1999, n° 98-60.291 ; Cass. soc. 6 mars 2002, n° 01-60.011 ; Cass. soc. 8 nov. 2006, n° 06-60.010 ; Cass. soc. 23 juill. 1980, n° 80-60.041, Bull. civ. V, n° 681

⁴⁵³ Cass. soc. 24 nov. 2004, 03-60.329, Bull. civ. V, n° 297

⁴⁵⁴ Cass. soc. 23 mai 2000, n° 98-60.212 et n° 98-60.217, Dr. soc. 2000, p. 852

⁴⁵⁵ G. COUTURIER, « L'unité économique et sociale - trente ans après », Semaine sociale Lamy, 2003, 1140, suppl.

de personnel ne doit pas être un prétexte pour faire échapper cette société à la représentation du personnel.

161. Inclusion de toute société dépourvue de personnel – En revanche, la jurisprudence ne cantonne pas la règle de l'inclusion des sociétés dépourvues de personnel dans l'UES aux seules sociétés qui « *jouent un rôle déterminant dans la structuration économique et sociale de cette unité* »⁴⁵⁶. Toute personne juridique qui ne comporte pas de personnel peut être intégrée à une UES dès lors que toutes les personnes morales susceptibles de faire partie de l'UES constituent une unité économique et une unité sociale⁴⁵⁷. En fin de compte, pour la jurisprudence, ce qui importe c'est de regarder l'UES comme une entreprise. L'UES n'est pas un rassemblement de communautés, elle est elle-même une communauté. Il ne faut pas regarder sa composition, l'équilibre interne entre les travailleurs. Seul l'aboutissement compte, à savoir la reconnaissance d'une entreprise ayant comme élément constitutif une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts. C'est au juge d'instance qu'il revient alors de constater l'existence d'une telle communauté de travailleurs.

§ 2 – LA CONSTATATION D'UNE SEULE ET MÊME COMMUNAUTÉ

162. Démonstration faite par le juge du fond – Le juge du fond constate l'existence d'une seule et même communauté au niveau de l'UES pour que le critère de l'unité sociale soit satisfait. Pour ce faire, il est tenu de caractériser une communauté de travail (A). Il réalise toutefois ce travail de manière souveraine, la Cour de cassation n'effectuant qu'un contrôle de la régularité des motifs (B).

⁴⁵⁶ Cet argument a ainsi été mis en avant par le pourvoi dans un arrêt du 9 novembre 2011. Pour le pourvoi, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale « *en retenant en l'espèce que des sociétés n'ayant aucun salarié faisaient partie de l'unité économique et sociale sans dire en quoi ces sociétés auraient joué un rôle quelconque dans sa structuration économique ou sociale* » (Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23.437).

⁴⁵⁷ Cass. soc. 9 nov. 2011, préc.

A – LA CARACTÉRISATION D'UNE COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL

163. Le travail de recherche du juge – Au regard de la jurisprudence, il semble que le juge du fond doive rechercher une communauté liée par les mêmes intérêts (1). Pour cela, le juge statue au regard des faits présentés par les parties et qui se sont effectivement réalisés (2).

1 – la recherche d'une communauté liée par les même intérêts

164. La communauté de travail – Les juges du fond sont tenus de caractériser l'unité sociale lorsqu'une demande en reconnaissance d'une UES est formulée. La Cour de cassation, dans certains de ses arrêts, explicite simplement la notion d'unité sociale au regard des indices constatés par le juge. Mais, dans de nombreux arrêts, elle utilise une autre terminologie pour viser l'unité sociale. Elle emploie ainsi les termes de « *communauté de travail* »⁴⁵⁸, « *communauté de travail liée par les même intérêts* »⁴⁵⁹, « *communauté ayant des intérêts propres* »⁴⁶⁰, ou encore « *communauté d'intérêts* »⁴⁶¹.

Les termes de « *communauté de travail* » semblent être utilisés sciemment par la Cour de cassation pour parler du rassemblement des personnels salariés des personnes morales intégrant une UES. La communauté de travail se distingue de la collectivité de travail. Cette expression est plus forte que celle de « *collectivité de travail* ». Elle repose non seulement sur une solidarité objective entre les membres, puisque « *cette communauté de travail constitue une société naturelle que l'esprit de collaboration doit animer* »⁴⁶², « *mais encore [sur] la conscience de cette solidarité* »⁴⁶³. Cette solidarité découle de l'ensemble des éléments qui sont communs aux salariés des différentes personnes morales formant une UES. Et, cette conscience se révèle par les demandes de reconnaissance d'une UES. C'est en ayant conscience d'agir ensemble et d'aller vers un objectif commun que les salariés et leurs

⁴⁵⁸ Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.135, Bull. civ. V, n° 157 ; Cass. soc. 6 oct. 2004, n° 03-60.214

⁴⁵⁹ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

⁴⁶⁰ Cass. soc. 18 juin 2003, n° 02-60.033

⁴⁶¹ Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 03-60.504

⁴⁶² P. DURAND, *Traité Dalloz de droit du travail* Tome I, Dalloz, Paris, 1947, n°335, p. 405

⁴⁶³ J. RIVIERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF Thémis, Paris, 1993

représentants demandent la reconnaissance d'une UES⁴⁶⁴. Il en résulte que les indices doivent permettre de mettre en exergue une communauté de travail⁴⁶⁵.

165. La communauté d'intérêts – Mais, la jurisprudence semble aller au-delà de la communauté de travail. Dans plusieurs arrêts, elle précise le sens à donner à la communauté de travail. Ainsi, lorsque la Cour de cassation décide que le tribunal a caractérisé « *l'existence d'une communauté de travailleurs ayant des intérêts communs* »⁴⁶⁶, lorsque les constatations faites par le tribunal révélaient pour la Cour de cassation « *une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts* »⁴⁶⁷, ou lorsque la Cour de cassation approuve le tribunal d'avoir relevé « *la communauté d'intérêts des salariés des deux sociétés* »⁴⁶⁸, la chambre sociale paraît définir la communauté de travail par rapport à la notion de « *communauté d'intérêts* ».

Cette expression n'est certes pas employée dans chacun de ses arrêts. Cette précision apportée aux termes de « *communauté de travailleurs* » est même utilisée relativement peu par la Cour de cassation. Elle a essentiellement été employée dans les années 2000. La jurisprudence actuelle ne semble pas insister sur cet élément. Mais, elle y fait encore référence⁴⁶⁹. À défaut de devenir un véritable critère, cette notion semble être aujourd'hui sous-entendue dans l'expression « *communauté de travailleurs* ». L'unité sociale, caractérisée par la communauté de travailleurs, implique que les travailleurs soient liés par des intérêts communs. S'ils forment une communauté, c'est parce qu'ils sont liés par les mêmes intérêts. Le tribunal qui recherche une unité sociale peut dès lors avoir comme ligne directrice la recherche d'intérêts communs entre les travailleurs. Il s'agit pour le juge de voir si le pouvoir de direction de l'UES agit à l'égard des salariés comme s'il s'agissait d'une seule et même personne. Les salariés doivent former un ensemble unifié et cohérent au niveau de l'UES pour être considérés comme une unité sociale. C'est alors au juge du fond qu'il convient de reconnaître cette communauté de travail en constatant des faits réalisés.

⁴⁶⁴ V. *supra*, n° 200 et s.

⁴⁶⁵ Ce qui n'est pas le cas lorsque « *les éléments communs aux salariés de ces sociétés résultaient seulement des liens de groupe les unissant* » (Cass. soc. 13 oct. 2010, n° 09-60.423).

⁴⁶⁶ Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521

⁴⁶⁷ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

⁴⁶⁸ Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 03-60.504

⁴⁶⁹ « *Le tribunal (...) a pu déduire de cette unité l'existence d'une communauté d'intérêts caractérisant une unité sociale de l'ensemble de leur personnel* » (Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428, 07-60.431).

2 – le constat de faits réalisés

166. L'établissement de la preuve par les parties – Le juge du fond statue au regard des éléments de preuve rapportés par les parties. La Cour de cassation approuve ainsi, dans un arrêt du 12 juin 2002⁴⁷⁰, le juge du fond d'avoir décidé que l'UES n'était pas constituée du fait notamment de « *la permutabilité de personnels alléguée (qui) n'était pas établie* ». Les parties ne peuvent pas simplement présenter un indice de l'unité sociale, tel que la permutabilité du personnel, sans démontrer la présence de cet indice au sein des personnes morales composant l'UES. Il faut que cet indice soit véritablement déjà mis en œuvre dans les faits.

Dans un arrêt du 18 février 2004, la Cour de cassation décide que le tribunal a légalement justifié sa décision après avoir « *constaté qu'il n'existe pas de communauté de travail au sein de l'ensemble revendiqué* »⁴⁷¹. Les éléments permettant de retenir la présence d'une unité sociale doivent être effectifs. Ces actes doivent s'être réalisés antérieurement à la date de saisine du juge d'instance. La communauté de travail ne doit pas être en devenir. Elle doit déjà exister. Elle doit être perceptible par le juge à travers l'étude des pièces fournies par les demandeurs. Ainsi, dans cet arrêt, la Cour de cassation ne retient pas l'argument du pourvoi lequel estimait que les transferts des différents salariés « *de leur société d'origine à la société choisie pour diriger le pôle régional* » établissaient « *la vocation des salariés de chacun des pôles régionaux à être employés indifféremment, au gré des filialisations, par une autre société à l'intérieur d'un périmètre géographique donné, signe certain d'une interchangeabilité du personnel* ». À l'origine du pourvoi, différents établissements d'une société avaient fait l'objet de filialisations, ce qui avait entraîné le transfert des salariés de ces établissements vers ces nouvelles filiales. Le pourvoi arguait de cet unique transfert des salariés pour mettre en avant l'interchangeabilité des personnels. Les salariés ayant été transférés une fois étaient susceptibles d'être à nouveau transférés à d'autres sociétés. Cet argument ne repose pas sur un constat d'une véritable mobilité des salariés entre les différentes sociétés. Il s'agit simplement d'hypothèses émises par le pourvoi et qui sont de ce fait rejetées par les juges. Les parties doivent dès lors véritablement « *caractériser l'existence*

⁴⁷⁰ Cass. soc. 12 juin 2002, n° 01-60.623

⁴⁷¹ Cass. soc. 18 févr. 2004, n° 01-60.929

d'une communauté de travail »⁴⁷² en apportant des preuves tangibles et efficaces. Ces preuves font alors l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond.

B – L'APPRÉCIATION SOUVERAINE DES JUGES DU FOND

167. Technique du faisceau d'indices – Le juge du fond est amené à décider de l'existence d'une unité sociale au regard des indices qui lui sont présentés par les parties. Utilisant la technique du faisceau d'indices, la jurisprudence doit réunir « *des indices concrets d'inégale importance* »⁴⁷³. Il faut que les indices présents dans le cas d'espèce soient suffisamment convergents pour qu'une unité sociale puisse être caractérisée **(1)**. La jurisprudence n'exige pas ainsi une homogénéité parfaite de la communauté de travail. Il en résulte que l'existence de distinctions au sein des personnels salariés n'empêche pas nécessairement la reconnaissance d'une unité sociale **(2)**.

1- les principaux indices relevés par les juges du fond

168. Au moins deux indices – À travers l'étude des arrêts de la Cour de cassation, laquelle opère un contrôle *a posteriori* des jugements rendus lors d'une demande de reconnaissance d'une UES⁴⁷⁴, il est possible de repérer la démarche entreprise par les juges du fond pour reconnaître une unité sociale. La jurisprudence ne détermine pas l'unité sociale au regard de critères. Ce sont des indices, suffisamment convergents, qui permettent de caractériser une unité sociale⁴⁷⁵.

Dans une très grande majorité d'arrêts, il apparaît que les juges du fond retiennent au minimum deux indices⁴⁷⁶ relativement « *efficaces* » pour conclure à l'existence d'une communauté de travailleurs, et par là-même à l'existence d'une unité sociale⁴⁷⁷. Souvent, il y

⁴⁷² Cass. soc. 12 juin 2002, préc.

⁴⁷³ C. NEAU-LEDUC, note ss Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.329, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 395

⁴⁷⁴ « *le tribunal, qui n'avait pas à faire une recherche qui ne lui était pas demandée par les parties, a relevé par une appréciation souveraine des éléments soumis à son examen qui ne peut être remise en discussion devant la Cour de cassation* » (Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 07-60.218).

⁴⁷⁵ Cass. soc. 5 mai 2004, n° 03-60.057, Bull. civ. V, n° 126, Dr. soc. 2004, p. 944, note J. SAVATIER

⁴⁷⁶ Il y a unité sociale lorsque la présence d'une communauté de travailleurs est « *caractérisée par la permutabilité des salariés et des avantages sociaux communs* » (Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 07-60.218).

⁴⁷⁷ Parmi ces indices « *efficaces* », l'on retrouve « *la gestion du personnel commune* » aux sociétés, « *la permutabilité du personnel* » et le « *statut des salariés* » (Cass. soc. 25 oct. 2006, n° 05-60.392). En l'espèce, ces trois indices font défaut. Il n'y a pas d'unité sociale.

en a même plus de deux. Tous les éléments allant dans le sens d'une unité sociale sont relevés par les juges du fond et permettent de convaincre de l'existence d'une communauté de travail. Ces indices mis en exergue par les juges du fond peuvent alors prendre l'apparence d'une véritable liste⁴⁷⁸. Mais, dans la plupart des cas, seuls quelques indices sont relevés et suffisent à caractériser l'unité sociale⁴⁷⁹.

Parmi les indices permettant de retenir l'unité sociale, la jurisprudence retient fréquemment la gestion centralisée du personnel⁴⁸⁰, l'identité de statut social⁴⁸¹, l'interchangeabilité du personnel⁴⁸², l'identité des conditions de travail⁴⁸³, l'identité des textes conventionnels⁴⁸⁴ ou des avantages sociaux. D'autres indices sont parfois mis en exergue et viennent conforter l'unité sociale⁴⁸⁵. Il en est ainsi de l'identité des bulletins de paie⁴⁸⁶, de l'existence d'un même règlement intérieur⁴⁸⁷, du lieu d'exercice du travail⁴⁸⁸ ou de l'identité de mutuelle⁴⁸⁹.

169. Catégorisation des indices – Au regard de cette énumération, « *il en résulte une appréhension très pragmatique de l'unité économique et sociale dans la mesure où, si la présence d'un seul indice est insuffisante, la réunion de tous n'est pas indispensable* »⁴⁹⁰. Aucun indice ne doit obligatoirement être présent dans chaque cas d'espèce pour caractériser l'unité sociale. Chaque indice relevé conforte l'existence d'une communauté de travail. Mais, pour autant, chaque indice ne semble pas avoir la même importance. Certains indices

⁴⁷⁸ Cass. soc. 8 nov. 2006, n° 06-60.010 ; Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23.437

⁴⁷⁹ Il faut toutefois noter la présence de deux arrêts qui visent un seul indice pertinent et déterminant pour conclure à l'unité sociale (Cass. soc. 25 sept. 2001, n° 00-60.224 ; Cass. soc. 22 sept. 2010, n° 09-60.394). L'unité sociale est retenue compte tenu de la présence de l'indice de l'interchangeabilité du personnel. Ces arrêts ne sont pas révélateurs de la manière de procéder du juge du fond lequel s'appuie, dans la grande majorité des cas, sur deux indices au minimum.

⁴⁸⁰ Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521 ; Cass. soc. 5 déc. 2000, n° 99-60.389

⁴⁸¹ La notion de statut social n'est pas définie par la jurisprudence. Elle regroupe notamment l'aménagement du temps de travail, les avantages sociaux, la couverture santé (Cass. soc. 25 oct. 2006, n° 05-60.392).

⁴⁸² Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 03-60.504 ; Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200

⁴⁸³ Cass. soc. 15 mai 1990, n° 89-61.521, Bull. civ. V, n° 221

⁴⁸⁴ « *les personnels des deux sociétés travaillant pour la plupart ensemble sur le même site, régis par la convention collective, et bénéficiaires des mêmes avantages sociaux constituaient une communauté de travailleurs* » (Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491).

⁴⁸⁵ Les seuils d'effectifs ne sont pas, en revanche, un indice devant être satisfait par les juges pour reconnaître une UES. Ceci découle de l'arrêt du 24 novembre 2004 lequel ne reprend pas l'argument du pourvoi se fondant sur le défaut de seuil suffisant pour reconnaître une UES (Cass. soc. 24 nov. 2004, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 398 ; comm. Ch. NEAU-LEDUC ; Dr. soc. 2005, p. 230).

⁴⁸⁶ Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299

⁴⁸⁷ Cass. soc. 12 mars 1986, n° 85-60.518, Bull. civ. V, n° 89

⁴⁸⁸ Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491

⁴⁸⁹ Cass. soc. 2 mai 2000, n° 99-60.085, Bull. civ. V, n° 163

⁴⁹⁰ Ch. NEAU-LEDUC, comm. ss Cass. soc. 24 nov. 2004, préc.

paraissent devoir être satisfaits lors de toute demande de reconnaissance d'une UES, tandis que d'autres semblent davantage secondaires⁴⁹¹.

Il importe, en fin de compte, d'avoir un faisceau d'indices convergents, même s'il est relativement difficile de déterminer avec précision la ligne directrice suivie par les juges du fond pour reconnaître une unité sociale. Un arrêt du 26 septembre 2006⁴⁹² semble même mettre en avant une catégorisation des indices. La Cour de cassation utilise les termes « *d'une part* » et « *d'autre part* » pour différencier les deux types d'indices qui doivent être présents pour caractériser une unité sociale. Il n'y a pas en l'espèce d'unité sociale puisque, d'une part, « *les salariés des deux sociétés étaient régis par des conventions collectives, des accords de participation et de prévoyance ainsi que des règlements intérieurs différents* », et, d'autre part, « *ces salariés n'avaient pas la même organisation du travail* ».

Ainsi, pour la Cour de cassation, une identité du statut social devrait, d'une part, pouvoir être relevée par les juges du fond. Tel est le cas s'agissant du règlement intérieur⁴⁹³, de la convention collective⁴⁹⁴, des bulletins de paie⁴⁹⁵, de la mutuelle⁴⁹⁶ ou des avantages sociaux⁴⁹⁷. Mais, la seule présence de ces éléments ne suffirait pas à caractériser l'unité sociale. Il ne s'agit pas d'éléments déterminants. Lorsqu'ils peuvent être relevés par le juge, ils permettent de reconnaître plus facilement une unité sociale. À l'inverse, leur absence ne constitue pas nécessairement un frein à la reconnaissance d'une unité sociale. La jurisprudence admet qu'il puisse y avoir quelques différences minimales au sein de la communauté de travailleurs, sans que cela n'entrave l'existence de cette unité sociale.

⁴⁹¹ L'existence de différents indices ne permet pas nécessairement d'aboutir à la reconnaissance d'une unité sociale si ces indices ont une faible importance au regard des éléments constitutifs de l'unité sociale. Tous les faits relevés par les parties et qui mettent en exergue la présence d'une communauté de travail au sens de l'UES ne sont pas forcément retenus par le juge du fond. Ainsi, « *l'existence d'une convention collective commune aux entreprises locales, la permanence des postes de travail et la proximité des lieux de travail ne suffisaient pas à caractériser une communauté de travail entre les salariés* » (Cass. soc. 24 juin 1998, n° 97-60.465). Le tribunal d'instance apprécie souverainement les éléments de faits qui lui sont présentés par les parties. Certains de ces éléments sont révélateurs de l'existence d'une unité sociale tandis que d'autres, pour être retenus, devraient être confortés par des éléments complémentaires. C'est « *par une décision motivée* » (Cass. soc. 18 févr. 2004, n° 01-60.929) que le juge d'instance rend son jugement. La présence de différences au sein de la communauté de travail reconnue peut alors être notée par le juge sans que cela ne soit susceptible d'entraîner la cassation du jugement.

⁴⁹² Cass. soc. 26 sept. 2006, n° 05-60.376

⁴⁹³ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

⁴⁹⁴ Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-60.135 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935

⁴⁹⁵ Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299

⁴⁹⁶ Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.292

⁴⁹⁷ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

D'autre part, une identité des conditions de travail⁴⁹⁸ devrait également être constatée. Mais, au contraire de la première catégorie, la seconde catégorie d'indices, serait d'une toute autre importance. La prépondérance donnée à l'organisation du travail se justifie pleinement. Il est nécessaire que les salariés des différentes personnes juridiques exercent leur prestation de travail dans des conditions identiques. Ce qui importe ici, c'est la détermination de la sphère géographique d'autorité de la direction. À l'intérieur de cette sphère, l'ensemble des travailleurs doit se soumettre aux conditions de travail fixées par le pouvoir de direction, qu'il s'agisse du lieu de travail⁴⁹⁹, de la gestion du personnel⁵⁰⁰, ou encore de l'interchangeabilité du personnel⁵⁰¹. Les salariés forment ainsi une unité sociale au regard des conditions dans lesquels ils travaillent. Il n'est pas nécessaire que chacun de ces indices soit, dans chaque cas d'espèce, satisfait⁵⁰². Mais, il faut qu'il y ait au moins un de ces indices⁵⁰³.

En procédant à une pondération des indices qui peuvent permettre de reconnaître une unité sociale, la jurisprudence admet qu'il puisse y avoir des différences au sein d'une communauté de travail.

2- l'admission de différences minimales au sein de l'UES

170. Éléments inopérants – Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour de cassation admet que l'unité sociale ne soit pas pleinement uniforme. Ainsi, l'UES est caractérisée par « *la permutabilité du personnel et l'application d'un même statut social, peu important l'application d'accords d'entreprises différents* »⁵⁰⁴. De même, « *les différences de statut social entre les salariés des deux entreprises étaient minimales* », la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir décidé « *qu'il y avait unité sociale* »⁵⁰⁵.

Dans un autre arrêt très explicite sur la démarche entreprise par les juges du fond, la Cour de cassation dispose encore que « *s'il existait des différences quant au régime de prévoyance, la négociation salariale, l'aménagement du temps de travail, celles-ci étaient*

⁴⁹⁸ Cass. soc. 14 mai 1987, n° 86-60.443, Bull. civ. V, n° 327

⁴⁹⁹ Cass. soc. 3 févr. 1993, n° 92-60.269

⁵⁰⁰ Cass. soc. 8 nov. 2006, n° 06-60.010

⁵⁰¹ Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.343, Dr. soc. 2000, p. 1037, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425

⁵⁰² L'unité sociale est caractérisée, « *peu important l'application de deux conventions collectives différentes* » (Cass. soc. 12 janv. 2005, n° 03-60.477, Bull. civ. V, n° 5, D. 2005, p. 2499).

⁵⁰³ « *la présence d'une communauté de travailleurs caractérisée par la permutabilité des salariés et des avantages sociaux communs* » (Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 07-60.218).

⁵⁰⁴ Cass. soc. 29 avr. 2009, n° 08-60.465. Dans le même sens, Cass. soc. 12 janv. 2005, n° 03-60.477, préc.

⁵⁰⁵ Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521

relativement minimales par rapport aux similitudes par ailleurs constatées qui révélaient une communauté de travail liés par les mêmes intérêts »⁵⁰⁶. Les juges du fond ont bien, en l'espèce, opéré une comparaison entre les indices qui révélaient la présence d'une communauté de travail et les indices qui allaient dans le sens inverse. Les différences qui peuvent exister entre les salariés des personnes morales sont ainsi notées, mais elles ne suffisent pas nécessairement à conclure à l'absence d'une unité sociale. Pour que les différences n'empêchent pas la reconnaissance d'une unité sociale, elles doivent être « *minimes* ».

Au regard de la formulation utilisée par la Cour de cassation dans cet arrêt, il semble que les différences relevées par le juge du fond doivent être infimes par rapport aux points communs qui existent entre les salariés des personnes morales composant l'UES. Cela sous-entend que tous les indices n'ont pas la même importance. Certains indices peuvent faire défaut entre les personnels dès lors que d'autres indices considérés comme prépondérants sont relevés dans le cas d'espèce⁵⁰⁷. La jurisprudence n'exige pas l'homogénéité absolue de la communauté de travail formant l'unité sociale. La scission ultérieure de l'UES en plusieurs établissements distincts justifie pleinement cette solution⁵⁰⁸. La simple présence de distinctions entre les différents personnels ne remet pas en cause les liens qui unissent par ailleurs ces personnes entre elles.

171. La majorité des personnels – Il en résulte qu'il peut y avoir des différences dès lors qu'elles ne sont pas trop importantes. Autrement dit, certaines caractéristiques de la communauté de travailleurs peuvent ne concerner qu'une partie des salariés inclus dans l'UES, dès lors qu'il s'agit d'une part importante de salariés. Ainsi, le fait que « *la grande majorité des salariés employés par ces sociétés était régie par les mêmes textes conventionnels* »⁵⁰⁹ constitue un indice en faveur de l'unité sociale. La Cour de cassation opère un contrôle du nombre de salariés concernés par cet indice.

Si les indices qui vont dans le sens d'une communauté de travailleurs ne concernent au final que très peu de salariés, ils ne peuvent caractériser une unité sociale. Tel était le cas dans

⁵⁰⁶ Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454

⁵⁰⁷ Tel est le cas dans cet arrêt. La Cour de cassation relève que les salariés étaient régis « *par les mêmes textes conventionnels* », qu'il existait « *une mobilité du personnel entre les différentes sociétés mises en cause* », et que « *le règlement intérieur de la société Holding et de ses filiales était identique* ». De ces similitudes découle « *une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts* » (Cass. soc. 22 nov. 2000, n° 99-60.454).

⁵⁰⁸ Cass. soc. 20 mars 2002, n° 01-60.090

⁵⁰⁹ Cass. soc. 22 nov. 2000, préc.

un arrêt du 5 mai 2004⁵¹⁰. Les indices relevés par le tribunal d'instance en faveur de l'unité sociale ne pouvaient suffire à déduire qu'il existait entre les sociétés une unité sociale « *compte tenu du nombre des salariés et des sociétés concernés* ». L'arrêt ne précise pas la proportion de salariés qui étaient soumis à ces indices communs. Mais, le pourvoi laisse entendre qu'il y avait « *une certaine mobilité interne, avec la mutation constatée de quelques cadres et de quelques salariés ayant des postes fonctionnels* ». Il eut fallu que l'indice de l'interchangeabilité du personnel vise une grande majorité du personnel pour pouvoir être validé. La Cour de cassation exige que l'unité sociale soit totale ou, à tout le moins, majoritaire. C'est une véritable communauté de travail liée par les mêmes intérêts qui doit être constatée par le juge du fond.

172. Conclusion – La jurisprudence, en utilisant la technique du faisceau d'indices, admet qu'il faut plusieurs indices pour reconnaître une unité sociale, sans qu'aucun d'entre eux ne soit indispensable. Il peut même y avoir des différences au sein de la communauté de travail reconnue. Toutefois, les récents arrêts de la Cour de cassation mettent en exergue deux indices en particulier. Ces indices paraissent aujourd'hui prépondérants si ce n'est fondamentaux.

Section 2

La place prépondérance donnée à deux indices

173. Indices décisifs – Deux indices sont régulièrement mis en évidence par la Cour de cassation et permettent de conclure à l'existence d'une unité sociale. Il s'agit de l'interchangeabilité du personnel et de la gestion unifiée du personnel. Ces deux indices, dans un nombre important d'arrêts, sont expressément visés par les juges du fond. Leur présence ou leur absence entraînent des répercussions sur la notion d'unité sociale. Si leur présence permet de caractériser plus facilement l'unité sociale, leur absence constitue un frein important à l'existence d'une unité sociale. La question se pose alors de savoir si la

⁵¹⁰ Cass. soc. 5 mai 2004, n° 03-60.057, Bull. civ. V, n° 126

jurisprudence actuelle n'entend pas faire de l'interchangeabilité du personnel et de la gestion unifiée du personnel deux indices essentiels (§ 1). La jurisprudence, laquelle reste quelque peu ambiguë sur la place à donner à ces deux indices, se doit d'être toutefois analysée afin de comprendre la portée d'une telle solution (§ 2).

§ 1 – L'ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE

174. Place importante accordée à ces notions – Les notions d'interchangeabilité du personnel et de gestion du personnel sont, dans la jurisprudence actuelle, quasi-systématiquement citées par les juges du fond dans l'analyse de l'unité sociale. Lorsque le juge du fond est saisi d'une demande de reconnaissance d'une UES, il évoque ces indices dans un grand nombre d'arrêts. Ce sont des indices récurrents parmi les indices qui peuvent être retenus par le juge (A). La jurisprudence semble même aller plus loin en permettant à la notion d'unité sociale d'être caractérisée par ces seuls indices. L'interchangeabilité du personnel et la gestion du personnel semblent ainsi déterminants au regard du droit positif (B).

A – LES INDICES RÉCURRENTS

175. Deux indices – Tant l'interchangeabilité du personnel (1) que la gestion du personnel (2) sont régulièrement citées par les juges du fond lorsqu'ils examinent une demande de reconnaissance d'une UES.

1 - L'interchangeabilité du personnel

176. Les premiers arrêts visant la permutabilité – Les termes d'« *interchangeabilité du personnel* » ou de « *permutabilité du personnel* » sont régulièrement cités par la Cour de cassation depuis les années 1980. Le premier arrêt en la matière, rendu, semble-t-il, le 17 mai 1984⁵¹¹ vise la permutabilité des salariés parmi les indices de l'unité sociale. Pour la

⁵¹¹ Cass. soc. 17 mai 1984, n° 83-61.119, Bull. civ. V, n° 209

Cour de cassation, l'unité sociale serait constituée par « *une communauté formée par le personnel que manifesterait notamment l'identité des conditions de travail ou la permutabilité des salariés* ». L'identité des conditions de travail serait un indice suffisant pour conclure à la présence d'une unité sociale. Il en serait de même pour la permutabilité du personnel. Sans que ces deux indices ne soient les seuls admis pour caractériser une communauté de travail, la Cour de cassation usant du terme « *notamment* » pour relativiser quelque peu la place conférée à ces deux indices, il apparaît clairement que l'indice de l'interchangeabilité du personnel tient une place privilégiée parmi les indices cités par la Cour de cassation.

Dans les années 1990 et 2000, la notion d'interchangeabilité du personnel continue d'être fréquemment utilisée par la Cour de cassation⁵¹². Mais, pour autant, cet indice ne semble pas se distinguer réellement des autres indices. Ainsi, dans un arrêt du 8 février 1995⁵¹³, la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir reconnu l'existence d'une UES après avoir « *constaté l'identité des conditions de travail, de statut social des salariés ainsi que leur permutabilité* ». Ce dernier élément semble constituer un simple indice parmi les autres. Sa présence va dans le sens d'une unité sociale, mais son absence n'empêche pas la reconnaissance d'une unité sociale. Tel est le cas dans un arrêt du 11 janvier 1995⁵¹⁴, lequel vise « *la similitude des conditions de travail, de rémunération et de statut social des salariés* » pour conclure à l'unité sociale. Le pourvoi contestait cette unité sociale en arguant du fait que le tribunal d'instance aurait dû « *constater une communauté de travailleur et leur permutabilité* ». Selon le pourvoi, la permutabilité devait être impérativement prise en compte dans la notion d'unité sociale. Or, elle faisait défaut en l'espèce. Le tribunal aurait dès lors dû rejeter la demande de reconnaissance d'une UES. La Cour de cassation ne remet pas en cause l'appréciation faite par le juge du fond. L'absence de permutabilité du personnel n'empêche pas l'existence d'une unité sociale dès lors que d'autres indices peuvent être relevés dans les faits. Cet arrêt montre bien que la permutabilité du personnel constituait, dans les années 1990 et 2000, un simple indice.

177. Dans le dernier état de la jurisprudence – Depuis quelques années, le processus engagé depuis 1984 semble s'être nettement accéléré. La Cour de cassation semble se référer

⁵¹² À titre d'exemples, « *il n'existait pas de communauté de travailleurs, en l'absence notamment de permutabilité du personnel et de conditions de travail identiques* » (Cass. soc. 31 janv. 1989, n° 88-60.383) ; « *le tribunal (...) a constaté (...) la similitude des conditions de travail, et de statut social des salariés, ainsi que leur permutabilité* » (Cass. soc. 15 nov. 1994, n° 94-60.163) ; « *le tribunal d'instance a relevé (...) que leurs salariés formaient une même communauté caractérisée par une similitude de statut social et une permutabilité entre les postes de travail* » (Cass. soc. 30 mai 2001, n° 00-60.111, Bull. civ. V, n° 191).

⁵¹³ Cass. soc. 8 févr. 1995, n° 94-60.178

⁵¹⁴ Cass. soc. 11 janv. 1995, n° 94-60.023

de manière encore plus régulière à la notion d'interchangeabilité. À titre d'exemple, la Cour de cassation approuve le juge du fond d'avoir conclu à l'existence d'une unité sociale après avoir constaté qu'« *il existait une gestion unifiée du personnel soumis à une même convention collective et qu'il y avait une permutabilité du personnel* »⁵¹⁵. Il en est de même lorsque le juge constate « *la permutabilité du personnel, l'existence de services, d'avantages et de formation communs ainsi qu'une centralisation d'une partie de la gestion du personnel* »⁵¹⁶. Pour conclure à l'existence d'une unité sociale, le juge relève « *la permutabilité du personnel et l'application d'un même statut social* »⁵¹⁷, ou encore « *la permutabilité des salariés et des avantages sociaux communs* »⁵¹⁸. Dans ces quelques exemples, les termes de « *permutabilité du personnel* » reviennent sans cesse.

Il apparaît dès lors que cette notion d'interchangeabilité du personnel constitue un indice important en matière de reconnaissance d'une communauté de travail. Le juge du fond constate sa présence et, par la présence d'autres indices qui gravitent autour de la permutabilité du personnel, reconnaît une unité sociale. Ces autres indices relevés par les juges du fond ne sont pas toujours les mêmes. Ce peut être les avantages sociaux, la gestion du personnel, la formation, le statut social, les services communs. Ce sont de simples indices qui viennent appuyer l'existence d'une unité sociale. Cette unité sociale semble pratiquement déjà constituée par la seule présence de la permutabilité du personnel.

L'autre indice récurrent consiste en la gestion du personnel. Il s'agit du second indice très régulièrement cité par la Cour de cassation, mais il ne semble pas toutefois avoir la même place privilégiée que celle détenue par l'interchangeabilité du personnel parmi les indices de l'unité sociale.

2 – La gestion du personnel

178. Dans le dernier état de la jurisprudence – *A priori*, la gestion du personnel constitue un simple indice parmi les autres. La gestion du personnel n'a pas nécessairement à être satisfaite pour justifier de l'existence d'une communauté de travailleurs. De nombreux arrêts ne visent pas cet élément et décident malgré tout de la réalité d'une unité sociale. Il en

⁵¹⁵ Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-27.541, 10-27.571

⁵¹⁶ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

⁵¹⁷ Cass. soc. 29 avr. 2009, 08-60.465

⁵¹⁸ Cass. soc. 13 avr. 2008, n° 07-60.218

est ainsi dans un arrêt du 13 février 2008⁵¹⁹ qui conclut à « *la présence d'une communauté de travailleurs caractérisée par la permutabilité des salariés et des avantages sociaux communs* ». D'autres arrêts parviennent à la même conclusion sans se référer à la gestion du personnel. Tel est le cas dans un arrêt plus ancien du 13 juillet 2004⁵²⁰, lequel dispose que « *l'application d'une même convention collective, l'existence de permutations et la présence de services et d'avantages communs aux salariés des différentes sociétés étaient de nature à caractériser l'existence d'une unité sociale* ». Dans un arrêt du 28 juin 2006⁵²¹, alors que le pourvoi mettait en avant l'absence de similitude de gestion des situations individuelles et de politique salariale permettant de conclure à l'unité sociale, la Cour de cassation rend un arrêt de rejet en se fondant sur d'autres indices que celui de la gestion du personnel. La chambre sociale vise ainsi la convention collective, les conditions de travail et la permutabilité pour reconnaître une unité sociale.

Inopérant dans certaines situations, cet indice ne semble pas non plus devoir bénéficier d'une place particulière au sein des indices de l'unité sociale. Il est certes régulièrement cité par les juges du fond lors d'une demande de reconnaissance d'une UES, mais, au même titre que d'autres indices. Tel est le cas dans un arrêt du 25 octobre 2006⁵²², lequel dispose que « *le tribunal, qui a constaté qu'il n'y avait pas de gestion du personnel commune aux trois sociétés, que la permutabilité du personnel des trois entités n'était pas démontrée, et qu'il existait dans le statut des salariés des différences importantes en matière notamment d'aménagement du temps de travail, d'avantages sociaux et de couverture santé, a pu décider qu'il n'y avait pas d'unité sociale* ». Dans cet arrêt, c'est l'absence de plusieurs indices, parmi lesquels celui de la gestion du personnel, qui permet de décider qu'il n'y a pas d'unité sociale. L'indice de la gestion du personnel semble mis sur le même plan que les autres indices cités. L'ensemble de ces indices ne pouvant se vérifier en l'espèce, le juge en conclut à l'inexistence de l'unité sociale.

Cependant, il est possible de noter une accélération du nombre de références faites à la gestion du personnel dans le dernier état de la jurisprudence. La gestion du personnel est régulièrement citée par la Cour de cassation⁵²³. Et, la chambre sociale semble même aller plus loin, puisque dans ses formulations, elle semble vouloir privilégier la gestion du personnel

⁵¹⁹ Cass. soc. 13 févr. 2008, n° 07-60.218

⁵²⁰ Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425

⁵²¹ Cass. soc. 28 juin 2006, n° 05-60.326

⁵²² Cass. soc. 25 oct. 2006, n° 05-60.392

⁵²³ Cass. soc. 14 avr. 1999, n° 98-60.147 ; Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428, 07-60.431 ; Cass. soc. 23 sept. 2009, préc. ; Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23.437

parmi les autres indices. Se pose alors la question de savoir si cet indice, de même que celui de l'interchangeabilité du personnel, ne sont pas uniquement récurrents dans la jurisprudence mais bien déterminants.

B – LES INDICES DÉTERMINANTS

179. Éléments caractéristiques de l'unité sociale – Cités régulièrement par la jurisprudence, ces deux indices, que constituent l'interchangeabilité du personnel (1) et la gestion du personnel (2) semblent être décisifs pour la Cour de cassation.

1 – l'interchangeabilité du personnel

180. Indice unique de l'unité sociale – Dans deux arrêts au moins, la jurisprudence admet l'existence d'une unité sociale en se fondant uniquement sur l'interchangeabilité du personnel. Ainsi, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir caractérisé une communauté de travail alors qu'il n'y avait qu'un indice permettant de conclure à cette unité sociale.

Dans le premier arrêt rendu le 25 septembre 2001, la Cour de cassation dispose que l'unité sociale est caractérisée par « *l'interchangeabilité du personnel, de conduite notamment, ayant des intérêts communs* »⁵²⁴. La formulation n'est pas très heureuse. La notion de « *conduite* » renvoie à l'une des activités menées par les différentes personnes morales, à savoir le transport routier de marchandises. Les conducteurs, dans leur ensemble, pouvaient travailler pour l'une ou l'autre des sociétés de l'UES. Mais, c'est surtout la fin de la formulation qui apparaît ambiguë. La Cour de cassation semble indiquer que le personnel avait des intérêts communs autres que la seule interchangeabilité du personnel. Outre l'indice de l'interchangeabilité, celui des intérêts communs semble exigé pour caractériser l'unité sociale. Pour autant, la Cour de cassation ne détaille pas la notion d'intérêts communs. À la lecture des arguments évoqués par le pourvoi, il semble que le tribunal d'instance ait conclu à l'unité sociale au regard de l'interchangeabilité du personnel uniquement. Le pourvoi conteste en effet la qualification de permutabilité du personnel retenue par le tribunal d'instance, mais ne met pas en avant la présence ou l'absence d'autres indices pour critiquer le jugement

⁵²⁴ Cass. soc. 25 sept. 2001, n° 00-60.224

d'instance. Il en résulte que le tribunal avait fondé son argumentation sur cette seule notion. La Cour de cassation, en approuvant cette décision, décide que la seule permutabilité du personnel suffit à révéler les intérêts communs unissant les salariés des différentes personnes morales.

Un autre arrêt plus récent conforte l'idée selon laquelle l'indice de l'interchangeabilité du personnel peut être décisif. Dans un arrêt du 22 septembre 2010⁵²⁵, la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir conclu à l'existence d'une unité sociale après avoir noté qu'« *il existait une permutabilité entre les personnels des trois sociétés* ». Aucun autre indice n'est relevé par le juge du fond pour appuyer l'existence d'une unité sociale. Cette permutabilité semble ici totale entre les salariés. Cela suffit à caractériser une communauté de travail⁵²⁶, la Cour de cassation précisant que « *peu important l'application de conventions collectives différentes, il existait une unité économique et sociale entre elles* ». Le pourvoi avait pourtant mis en évidence ce manquement à la technique du faisceau d'indices. Il stipulait en effet que « *l'existence d'une unité sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes suppose l'existence d'une communauté de travailleurs et ne peut se déduire de la seule permutabilité du personnel entre les entités* ». En approuvant le jugement du tribunal d'instance, la Cour de cassation semble rejeter pleinement cette argumentation. Pour autant, c'est un arrêt d'espèce qui est ici rendu par la chambre sociale et non pas un arrêt de principe. La Cour de cassation n'utilise pas des termes abstraits et généraux pour rendre cet arrêt de rejet.

181. Indice important de l'unité sociale – Ces deux arrêts ne sont pas à négliger, même s'il est certain qu'ils sont pour le moment isolés. Il paraît délicat d'affirmer aujourd'hui que l'indice de l'interchangeabilité du personnel constitue un véritable critère de l'unité sociale. Son absence constitue un frein important à la reconnaissance d'une unité sociale⁵²⁷, tout comme sa présence abonde dans le sens de l'existence d'une unité sociale⁵²⁸. Si, de manière générale, la jurisprudence essaie de former un faisceau d'indices, elle entend mettre à

⁵²⁵ Cass. soc. 22 sept. 2010, n° 09-60.394

⁵²⁶ De la même manière, une communauté de travailleurs est caractérisée « *par un service commun et par la permutabilité des personnels partageant leur temps de travail entre les deux entités* » (Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 03-60.504). La permutabilité doit ainsi concerner un nombre important de salariés. « *La mutation de quelques salariés et le bénéfice d'une même mutuelle ne suffisent pas à établir l'existence d'une communauté de travailleurs* » précise la Cour de cassation (Cas. soc. 5 déc. 2000, n° 99-60.389).

⁵²⁷ L'unité économique et sociale ne peut être caractérisée lorsque « *la permutabilité de personnel alléguée n'était pas établie et que les conditions de travail ne permettaient pas de caractériser l'existence d'une communauté de travail* » (Cass. soc. 12 juin 2002, n° 01-60.623).

⁵²⁸ Cass. soc. 28 juin 2006, n° 05-60.326

part la notion d'interchangeabilité du personnel. La jurisprudence pourrait ainsi être amenée à évoluer en laissant une place particulière à la notion d'interchangeabilité du personnel. L'unité sociale pourrait ainsi découler de la seule présence de cet indice, ou, à défaut, découler de la réunion d'un faisceau d'indices. La même question semble devoir être posée s'agissant de la gestion du personnel.

2 – la gestion du personnel

182. Indice primordial – À l'instar des deux arrêts isolés concernant l'interchangeabilité du personnel, la Cour de cassation semble avoir fait de même s'agissant de la gestion du personnel. Un premier arrêt relativement ancien semble ainsi limiter la communauté de travailleurs à la preuve d'une gestion centralisée du personnel. Dans son arrêt du 16 décembre 1998⁵²⁹, la Cour de cassation précise que « *le tribunal d'instance ... a fait ressortir qu'il y avait gestion centralisée du personnel ; qu'ayant ainsi caractérisé l'existence d'une communauté de travailleurs ayant des intérêts communs, il a pu décider qu'il y avait unité sociale* ». La gestion du personnel paraît ici révéler l'existence d'une unité sociale. L'assimilation entre les deux notions s'opère.

Dans un second arrêt, en date du 15 janvier 2002, la Cour de cassation est moins explicite sur la corrélation existant entre la gestion du personnel et l'unité sociale. Mais, la chambre sociale semble toutefois caractériser l'unité sociale à travers la seule preuve de la gestion du personnel. Ainsi, l'arrêt dispose que « *la gestion de tous les salariés était unique et centralisée, qu'ils étaient soumis hiérarchiquement au directeur général ce dont il résultait nécessairement l'existence d'une communauté de salariés ayant des intérêts communs* ». Deux indices sont relevés par la Cour de cassation. Mais, l'argument tiré du pouvoir de direction ne semble pas être opportun s'agissant de l'unité sociale. Cet élément renvoie davantage à l'unité économique. Dès lors, seul l'indice portant sur la gestion du personnel permet d'aboutir à l'existence d'une unité sociale.

Ces deux arrêts sont certes restés isolés, mais ils démontrent combien la gestion du personnel retient toute l'attention de la Cour de cassation. Ces dernières années, la Haute juridiction semble en effet vouloir se référer de façon spécifique à cet indice. Son absence ne

⁵²⁹ Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 97-60.521

constitue certes pas un obstacle à la reconnaissance d'une UES⁵³⁰ mais, elle favorise le rejet d'une unité sociale. L'absence de communauté de travailleurs dans le périmètre considéré est ainsi caractérisée par le tribunal qui a notamment constaté « *qu'il n'y avait pas de gestion unifiée des personnels* »⁵³¹.

À l'inverse, la présence de cet indice est clairement mise en évidence par la jurisprudence. La gestion du personnel côtoie ainsi d'autres indices dans un arrêt du 11 juin 2008⁵³², lequel dispose que le tribunal « *a pu déduire de cette unité l'existence d'une communauté d'intérêts caractérisant une unité sociale de l'ensemble de leur personnel, après avoir relevé la complémentarité dans la gestion de ce personnel ainsi que la permutabilité et la similarité du statut social d'une partie des salariés* ». Si la réunion de ces trois indices permet de caractériser l'unité sociale, c'est essentiellement grâce à l'indice de la gestion du personnel. Cet indice concerne l'ensemble des salariés, tandis que les deux autres indices ne visent qu'« *une partie du personnel* ». C'est cet indice de la gestion du personnel qui devient primordial face aux autres qui ne font que conforter l'unité sociale.

183. Conclusion – Les deux indices étudiés peuvent être déterminants pour la jurisprudence. Un arrêt particulièrement révélateur en la matière résume en quelques mots à quoi peut simplement correspondre une unité sociale. Il s'agit d'« *une gestion unique et centralisée de leur personnel ainsi que (de) l'existence entre elles d'un contrat d'assistance révélant une interchangeabilité de leur personnel* »⁵³³. La présence d'une gestion du personnel et d'une interchangeabilité du personnel suffit à caractériser une communauté de travailleurs. Il est également possible que la jurisprudence puisse admettre un seul de ces indices pour caractériser une unité sociale. Il convient alors d'analyser cette jurisprudence pour comprendre les raisons qui poussent le juge à donner une place prépondérante à ces deux indices aujourd'hui.

⁵³⁰ Cass. soc. 22 sept. 2010, n° 09-60.394

⁵³¹ Cass. soc. 8 nov. 2006, n° 06-60.010 ; dans le même sens, Cass. soc. 25 oct. 2006, n° 05-60.392

⁵³² Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428

⁵³³ Cass. soc. 14 avr. 1999, n° 98-60.147

§ 2 – L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

184. Traits distinctifs – Les caractéristiques de ces deux indices prépondérants sont précisées, en partie seulement, par la jurisprudence. La notion d'« *interchangeabilité du personnel* » est relativement peu expliquée par la jurisprudence (A). À l'inverse, les caractéristiques de la « *gestion du personnel* » semblent plus détaillées par la Cour de cassation (B). Entendues de manière large par la Cour de cassation, l'interchangeabilité du personnel et la gestion du personnel tiennent une place particulière au sein du faisceau d'indices parce qu'elles révèlent l'existence d'une seule et même entreprise.

A – L'INTERCHANGEABILITÉ DU PERSONNEL

185. Opérations de prêt de main d'œuvre – Les notions d'interchangeabilité du personnel ou de permutabilité du personnel ne sont pas définies par la jurisprudence. La Cour de cassation utilise ces expressions sans en donner la signification exacte. Un arrêt du 8 avril 1992⁵³⁴ est toutefois plus explicite que les autres sur le sens à donner à ces expressions. La Cour de cassation dispose ainsi que « *le juge du fond a constaté la permutabilité des salariés entre les sociétés Eurodrescher et Eurodirect en relevant que le personnel de la première était régulièrement mis à la disposition de la seconde pour des activités de massicotage et de pliage et que des salariés d'Eurodirect avaient été amenés à plusieurs reprises à travailler au sein d'Eurodrescher* ». En l'espèce, la permutabilité des salariés vise l'échange de salariés entre deux sociétés, puisque les salariés de la société Eurodrescher étaient mis à disposition de la société Eurodirect, et les salariés de celle-ci travaillaient pour la première des sociétés. Il y avait dès lors un va-et-vient des salariés entre les deux sociétés⁵³⁵. La Cour de cassation vise une mise à disposition des salariés.

Sans autre précision donnée par la Cour de cassation, il est fort probable qu'il s'agisse de prêts de main d'œuvre à but non lucratif. Si les salariés sont interchangeables, cela signifie qu'ils peuvent être mis à la place les uns des autres. Ils peuvent donc être changés les uns pour les autres. Les salariés d'une des personnes morales de l'UES peuvent être ainsi détachés auprès des autres personnes morales et les salariés de ces dernières peuvent être également

⁵³⁴ Cass. soc. 8 avr. 1992, n° 90-60.315

⁵³⁵ La Cour de cassation rejette l'argument tiré de l'interchangeabilité du personnel parce qu'« *il n'y avait permutabilité du personnel qu'entre deux des trois sociétés* » (Cass. soc. 24 juin 1998, n° 97-60.465).

détachés auprès de la première personne morale. Les différents employeurs mettent ainsi à disposition des autres leurs propres salariés.

L'opération de prêt de main d'œuvre permet à certains salariés d'être intégrés dans la collectivité de travail d'une entreprise sans être liés à l'employeur de cette entreprise par un contrat de travail⁵³⁶. L'article L. 8231-1 du Code du travail vise l'interdiction du seul prêt de main d'œuvre à but lucratif. La Cour de cassation en a déduit que le prêt à titre gratuit est possible⁵³⁷. Par une loi en date du 18 juillet 2011, le législateur est venu encadrer ces prêts de main d'œuvre à but non lucratif. Au dernier alinéa de l'article L. 8241-1 du Code du travail, il est ainsi prévu qu'« *une opération de prêt de main-d'oeuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés aux salariés, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ». Ainsi, dans une telle situation, l'employeur verse au salarié la rémunération correspondant à sa prestation de travail, auquel cas il récupère auprès du locataire de main d'œuvre le montant de ce salaire ainsi que les charges sociales correspondantes. En revanche, il ne peut obtenir de celui-ci de suppléments sans être poursuivi pour prêt de main d'œuvre à but lucratif. Ainsi, « *il n'est donc pas possible de refacturer des frais de gestion au risque que l'opération devienne illicite* »⁵³⁸. Il ne faut pas que l'entreprise pourvoyeuse de main d'œuvre bénéficie d'un quelconque gain dans cette opération⁵³⁹. L'opération doit se révéler neutre pour le prêteur et le locataire de main d'œuvre. Elle est alors parfaitement licite.

L'utilisation du prêt de main d'œuvre à prix coûtant se vérifie fréquemment en pratique. Ce genre d'opérations peut ainsi se produire au sein des groupes de sociétés. La mise à disposition d'un salarié s'effectue entre deux sociétés membres du même groupe. La Cour de cassation n'assimile pas ce détachement à une modification du contrat de travail⁵⁴⁰. Le salarié détaché de manière provisoire n'a pas à donner son accord pour cette opération et conserve

⁵³⁶ Dans cette opération tripartite, un employeur conclut dans un premier temps un contrat de travail avec un salarié. Dans un second temps, il met celui-ci à la disposition d'un tiers auquel il transmet son pouvoir de direction. Cette tierce personne use ainsi du pouvoir de direction à l'égard du salarié sans lui être lié par un contrat de travail. Il ne devient pas employeur de ce salarié. Le législateur a réglementé cette opération dès 1848 en interdisant le « *marchandage* » (C. trav. art. L. 8231-1). Aujourd'hui encore, seul le prêt de main d'œuvre à but lucratif est interdit légalement.

⁵³⁷ Cass. soc. 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.680, Bull. civ. V, n° 128 ; Cass. soc. 18 mai 2011, n° 09-69.175

⁵³⁸ F. PELLETIER, « Le prêt de main-d'œuvre exclusif », JCP S 2011, 1397 ; V. également, F. FAVENNEC-HERY, « Prêt de main-d'œuvre à but non lucratif : un texte décevant », Dr. soc. 2011, 1200

⁵³⁹ Cass. crim. 23 mars 1993, Cah. soc. barreau Paris 1993, S 101, p. 185

⁵⁴⁰ Cass. soc. 1^{er} avr. 2003, n° 02-14.680, RJS 2003, n° 708

dès lors en principe le même employeur⁵⁴¹. L'interchangeabilité du personnel peut *a fortiori* s'opérer entre toutes les sociétés du groupe concernées par l'UES. Tel est le cas lorsque le tribunal d'instance relève que « *les salariés qui contribuent à l'activité identifiée comme celle du « Pôle eau Générale des eaux » sont mobiles entre les sociétés en cause* »⁵⁴². En revanche, lorsque le juge du fond constate que « *seuls certains cadres ou personnels ayant des postes fonctionnels ont été mutés, il a pu en déduire, compte tenu du nombre de salariés et des sociétés concernées, qu'il n'existait pas entre elles, d'unité sociale* »⁵⁴³. Un nombre relativement important du personnel des sociétés doit être concerné par la permutabilité pour que cet élément soit considéré comme un indice.

Le détachement de personnel peut également se faire dans des entreprises distinctes. Ainsi, la Cour de cassation confirme l'existence d'une unité sociale entre plusieurs sociétés ne faisant pas partie d'un groupe de sociétés, eu égard à « *l'existence entre elles d'un contrat d'assistance révélant une interchangeabilité de leur personnel* »⁵⁴⁴. Ces mises à disposition mettent en exergue les liens qui peuvent se tisser entre les personnels concernés par ces détachements.

186. Rapprochement des cultures d'entreprise – Les salariés mis à disposition de l'entreprise d'accueil font partie du personnel de cette entreprise. Le bénéficiaire de la main d'œuvre détient en effet le pouvoir de direction sur ces salariés détachés sans en être pour autant l'employeur. L'intégration de ces salariés dans la collectivité de travail de cette entreprise se vérifie donc en pratique bien qu'elle ne soit que provisoire. Dans le cadre d'une UES, lorsqu'une partie non négligeable de salariés peut permuter d'une personne morale à l'autre, cela signifie que les différentes « *cultures d'entreprise* » qui pouvaient exister jusqu'à lors sont amenées à se rapprocher. Les salariés échangent des savoir-faire et des savoir-être.

⁵⁴¹ La Cour de cassation recherche quelle est la société qui détient le pouvoir de direction sur le salarié détaché pour en déduire sa qualité de débitrice à son égard. La Cour de cassation vérifie vraiment si le bénéficiaire de la main d'œuvre exerce un pouvoir de direction sur le salarié détaché, à défaut il s'agit d'un prêt de main d'œuvre déguisé. L'employeur demeure seul responsable du licenciement du salarié détaché (Cass. soc. 10 juill. 1997, n° 94-44.920, RJS 1997, n° 946). Cette pratique, non encadrée par la loi, pourrait porter préjudice aux salariés détachés (GAD trav. 2004, p. 158-159). Ils pourraient être privés des avantages collectifs qu'ils détenaient par leur intégration dans la collectivité de travail de leur entreprise d'origine. Ce risque est limité par l'article L. 8231-1 du Code du travail. Cet article précise que le prêt de main d'œuvre à but lucratif ayant « *pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions légales, ou de stipulations d'une convention ou d'accord collectif de travail, est interdit* ». Cette précision légale a permis à la Cour de cassation d'opérer une comparaison entre la situation des salariés détachés et les salariés permanents de l'entreprise d'accueil : le délit de marchandage est caractérisé à partir du moment où les salariés mis à disposition n'ont pas perçu les mêmes avantages que les salariés permanents (Cass. crim. 20 oct. 1992. Dr. Soc. 1994. 547, note F. DOROY). L'opération de détachement ne doit pas entraîner un préjudice pour les salariés.

⁵⁴² Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142

⁵⁴³ Cass. soc. 5 mai 2004, n° 03-60.057, Bull. civ. V, n° 126

⁵⁴⁴ Cass. soc. 14 avr. 1999, n° 98-60.147, 98-60.238, 98-60.239

Ils se connaissent davantage. Ils se familiarisent à différents lieux. Ils forment progressivement une communauté de travail en ayant conscience de former un seul et même ensemble social. L'interchangeabilité du personnel révèle les liens forts qui peuvent unir plusieurs personnels de salariés entre eux. La place privilégiée donnée à cet indice par la jurisprudence dans le cadre de la demande de reconnaissance d'une UES se justifie dès lors pleinement. La jurisprudence semble également conférer une place plus ou moins aussi importante à un autre indice : la gestion unifiée du personnel.

B - LA GESTION DU PERSONNEL

187. Unicité de la gestion – Les contours de l'indice de la gestion du personnel sont précisés dans différents arrêts de la Cour de cassation. Deux adjectifs reviennent régulièrement. Il s'agit des termes « *unique* » et « *centralisée* ». Le tribunal d'instance constate ainsi « *une gestion unique et centralisée de leur personnel* »⁵⁴⁵. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation est davantage précise en indiquant que l'unité sociale résulte notamment de « *la centralisation de la gestion du personnel confiée à un directeur des ressources humaines unique* »⁵⁴⁶. Le fait qu'il n'y ait qu'une seule personne physique chargée de gérer le personnel révèle une « *gestion unique du personnel* »⁵⁴⁷. La gestion du personnel doit être menée par une seule et même personne pour que cet élément puisse constituer un indice probant.

En plus d'être « *unique* », la gestion du personnel doit être « *centralisée* ». Tel est le cas lorsque l'établissement des fiches de paie est centralisé⁵⁴⁸. Cet arrêt du 23 septembre 2009 retient même cet élément comme indice alors qu'il n'y a qu'une « *centralisation d'une partie de la gestion du personnel* ». Cet élément contribue à reconnaître une communauté de travailleurs même s'il n'est que partiellement satisfait.

Au regard de la jurisprudence, cet indice de la gestion du personnel apparaît relativement souple à mettre en œuvre. D'un côté, un arrêt récent semble indiquer quelle est la caractéristique attachée à la gestion du personnel. La Cour de cassation vise ainsi uniquement

⁵⁴⁵ Cass. soc. 14 avr. 1999, n° 98-60.147

⁵⁴⁶ Cass. soc. 9 nov. 2011, n° 10-23.437

⁵⁴⁷ Cass. soc. 14 avr. 1999, préc.

⁵⁴⁸ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

« *la gestion unifiée du personnel* »⁵⁴⁹. La gestion du personnel est ainsi réunie, rassemblée entre les mêmes mains. Il y a une seule personne en charge de la gestion du personnel et cette personne homogénéise la politique des ressources humaines. Cette politique devient commune à l'ensemble des personnes juridiques appelées à intégrer une UES⁵⁵⁰. Et, pourtant, d'un autre côté, dans un arrêt, la Cour de cassation approuve le tribunal d'instance d'avoir caractérisé une unité sociale « *après avoir relevé la complémentarité dans la gestion du personnel ainsi que la permutabilité et la similarité du statut social d'une partie des salariés* »⁵⁵¹. La Cour de cassation ne vise pas la centralisation mais la complémentarité dans la gestion du personnel. Comme le faisait valoir le pourvoi, chacune des entités assurait seule la gestion de son personnel, « *le GIE GENAVIR ayant son propre responsable des ressources humaines gérant la politique sociale avec le directeur administratif et financier et l'IFREMER son propre directeur des ressources humaines* ». Il n'y avait donc pas de gestion unique du personnel. La gestion était organisée au niveau de chaque personne morale. Mais, le tribunal d'instance retient que cette gestion était menée de façon « *complémentaire* ». La jurisprudence ne cantonne pas la gestion du personnel à une gestion unique et centralisée, même si c'est généralement le cas.

Tant la gestion du personnel que l'interchangeabilité du personnel constituent de solides indices pour la reconnaissance d'une unité sociale. Il faudra attendre de nouveaux arrêts de la Cour de cassation pour savoir si ces indices sont susceptibles d'évoluer vers de véritables critères de l'unité sociale. Pour le moment, ils sont importants sans être nécessairement déterminants.

188. Conclusion – Dans ce deuxième titre, l'analyse des critères de l'UES, effectuée à partir d'un examen approfondi de la jurisprudence, semble démontrer que les deux critères de l'UES doivent être satisfaits au regard de la communauté de travail. La jurisprudence semble privilégier l'unité sociale. Ou, plus exactement, tant l'unité économique que l'unité sociale doivent constituer une unité au regard de la communauté de travail. Ainsi, la concentration du pouvoir de direction, élément constitutif de l'unité économique, doit permettre de relever l'existence d'un unique centre de décision pour le personnel salarié. Il faut que les salariés de toutes les personnes morales appelées à intégrer une UES aient le même interlocuteur patronal. Cette autorité suprême doit être considérée comme telle au regard des salariés. C'est

⁵⁴⁹ Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-27.541, 10-27.571, 10-27.575

⁵⁵⁰ Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497

⁵⁵¹ Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-60.428, 07-60.431

la manière dont est géré le personnel qui permet d'affirmer ou pas s'il y a un pouvoir de direction. Seule la gestion quotidienne du personnel importe pour retenir une unité économique. Le fait de donner des orientations générales ne permet pas de retenir un unique centre de décision. De la même manière, les activités identiques ou complémentaires doivent être exercées par l'ensemble du personnel salarié des personnes morales susceptibles d'intégrer l'UES. Le plus souvent complémentaires, les activités ne sont pas véritablement définies par la jurisprudence. Au regard de l'ensemble des arrêts visant cette notion, il apparaît qu'il faille un rapport de dépendance entre les activités. Chaque activité menée par une personne morale doit avoir besoin des autres pour être pleinement réalisée. Appréciée de manière souple par la jurisprudence, la notion d'activités identiques ou complémentaires permet de relier les salariés entre eux. Ils exercent ensemble des activités proches. Pour autant, de cette unité économique ne découle pas nécessairement une unité sociale. Au-delà de l'unité économique, l'existence d'une véritable communauté de travailleurs doit pouvoir être relevée par le juge. L'ensemble du personnel des personnes morales faisant l'objet d'une demande d'intégration en une UES doit bénéficier d'un même statut conventionnel et faire l'objet d'une même organisation de travail. Le personnel, dans son ensemble, doit être unifié et cohérent. Le juge, au regard des faits réalisés, doit pouvoir noter quels sont les intérêts communs unissant les travailleurs entre eux, ces intérêts étant le plus souvent révélés par la gestion unifiée et l'interchangeabilité du personnel.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

189. Relative clarté – De la première partie d'analyse de l'unité économique et sociale, un sentiment de relative clarté apparaît. La notion d'UES renvoie à deux critères, que sont l'unité économique et l'unité sociale. À ces critères s'ajoute l'exigence de personnalité morale de chaque composante de l'UES. Le défaut de personnalité morale ne permet pas une reconnaissance de l'UES quand bien même les critères seraient satisfaits. Le périmètre de l'UES constitue véritablement pour la jurisprudence un critère à part entière. Ne serait-il dès lors pas plus juste de parler de trois critères dans l'analyse de la notion d'UES et non plus de deux critères en plus du périmètre de l'UES ? Ce changement de terminologie ne modifierait pas la jurisprudence actuelle dans son ensemble, mais cela permettrait de faire une analyse plus globale des critères.

Nonobstant ce point portant sur la notion de critère, cette première partie laisse apparaître une notion relativement abordable. Ainsi, les critères semblent *a priori* simples à mettre en œuvre. Le fait que la doctrine actuelle s'intéresse moins aux critères de l'UES qu'aux conséquences engendrées par la reconnaissance d'une UES pourrait laisser penser que les critères de l'UES font l'objet de peu de discussions et que donc ses contours sont aujourd'hui clairement fixés. Et, pourtant, si, dans une large mesure, les critères sont déterminés, une évolution possible semble encore envisageable. Il en est ainsi s'agissant des deux principaux indices relevés en matière d'unité sociale, susceptibles de devenir de véritables critères. Cela montre combien les caractéristiques de l'UES ne sont pas figées dans le temps. La jurisprudence semble, à la fois, détailler de plus en plus les critères de l'UES et rendre, ainsi, cette notion de plus en plus technique et à la fois laisser une large part d'appréciation aux juges du fond. Le critère de l'unité sociale semble pouvoir être apprécié de manière souple, au regard de l'ensemble des indices pouvant être retenus.

La notion d'UES, à travers l'étude de son périmètre et de ses critères, laisse apparaître sans équivoque le lien unissant cette notion à l'entreprise en droit du travail. La Cour de cassation semblait marteler cette évidence dans ses premiers arrêts portant sur la matière. Aujourd'hui, elle l'annonce de façon plus discrète, mais elle continue à le faire tout-de-même. Cela montre bien que cette notion ne s'est pas pleinement affranchie de la notion d'entreprise. Par ce rappel du lien entre l'UES et l'entreprise, la Haute Juridiction semble vouloir permettre à l'UES d'être mise en œuvre dans un bon nombre de situations visant l'« *entreprise* » selon le Code du travail, autres que les seules dispositions législatives portant sur la représentation

du personnel. Mais, est-ce véritablement le souhait du législateur et de la jurisprudence de voir l'UES devenir l'entreprise en droit du travail, tant en matière de relations collectives qu'en matière de relations individuelles ? L'étude de la seconde partie, portant sur la reconnaissance de l'unité économique et sociale, permettra de répondre à cette question.

Seconde partie

LA RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

190. Les modes de reconnaissance – Lorsque les caractéristiques d'une unité économique et sociale semblent satisfaites dans un cas d'espèce, la phase de reconnaissance de l'UES peut être engagée. Il faut passer par cette étape de reconnaissance pour qu'une UES puisse exister. Il n'est pas possible de déroger à cette phase de reconnaissance. Il ne suffit pas de respecter le périmètre et les critères de l'UES pour pouvoir revendiquer l'existence d'une UES. Ceci est expressément prévu par le législateur, l'article L. 2322-4 du Code du travail précisant les modes de reconnaissance de l'UES. Deux voies sont envisagées par le législateur. (**TITRE I**).

191. Le fonctionnement de l'UES – Une fois cette démarche volontaire couronnée de succès, une UES est considérée comme étant « *reconnue* » entre plusieurs personnes juridiques. Se pose alors la question des conséquences de cette reconnaissance que Gérard Couturier résume ainsi : « *l'unité économique et sociale, une fois reconnue, doit-elle être considérée à tous égards comme une entreprise unique ou ne doit-elle l'être qu'au regard de la règle pour l'application de laquelle la reconnaissance a été demandée ?* »⁵⁵² Deux conceptions radicalement différentes s'affrontent s'agissant du fonctionnement de l'UES. Certains auteurs estiment que l'UES est avant tout un espace pour la représentation institutionnelle malgré l'évolution de la législation en la matière, tandis que d'autres prônent une vision élargie des perspectives de l'UES en en faisant une véritable entreprise en droit du travail. La réalité se situe à mi-chemin entre ces deux visions de l'UES (**TITRE II**).

⁵⁵² G. COUTURIER, « L'unité économique et sociale – trente ans après », Semaine sociale Lamy, 2003, 1140, suppl.

Titre I

LES MODES DE RECONNAISSANCE

DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

192. Choix entre les deux modes – Le moyen de parvenir à faire exister l'UES est déterminé par la loi. L'article L. 2322-4 du Code du travail vise deux formes possibles de reconnaissance de l'UES, à savoir « *par convention ou par décision de justice* ». Les parties intéressées ont le choix entre ces deux modes de reconnaissance. « *À défaut de l'être par décision de justice, une unité économique et sociale ne peut être reconnue que par convention entre tous les partenaires sociaux* »⁵⁵³ précise la Cour de cassation. La phase conventionnelle n'est pas un préalable à la phase contentieuse. Dans certains arrêts, les faits de l'espèce révèlent que les parties ont tenté de conclure, dans un premier temps, un accord reconnaissant une UES avant de saisir le juge après l'échec de la reconnaissance conventionnelle, à raison notamment du refus de l'une des organisations syndicales de signer l'accord reconnaissant l'UES. Dans d'autres arrêts, le juge est saisi directement d'une demande en reconnaissance d'une UES. Ces deux voies de reconnaissance sont mises sur un « *pied d'égalité* » par le législateur⁵⁵⁴.

193. Évolution probable de la jurisprudence – Mais, la loi n'apporte pas d'autres précisions sur les modes de reconnaissance d'une UES. La jurisprudence a dès lors dû faire un long travail de recherche et d'analyse dans ce domaine. Ce travail semblait stabilisé il y a quelques années encore, la Cour de cassation estimant que la reconnaissance conventionnelle d'une UES devait se faire par « *un protocole préélectoral unanime* »⁵⁵⁵ et que la reconnaissance judiciaire relevait de la compétence du « *tribunal d'instance* »⁵⁵⁶.

Aujourd'hui, cette jurisprudence demeure, mais il n'est pas certain qu'elle perdure dans les années à venir. La Cour de cassation, d'une part, semble elle-même vouloir infléchir sa

⁵⁵³ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, 87-60.250, Bull.civ. V, n° 392

⁵⁵⁴ La voie conventionnelle ne doit pas nécessairement être explorée avant la saisine du juge. Le juge saisi, pour pouvoir examiner la demande de reconnaissance de l'UES, se doit simplement de vérifier « *qu'à la date de la requête introductive d'instance, aucune instance représentative commune aux sociétés du groupe n'était en place* », Cass. soc. 4 avr. 2007, n° 06-60.188

⁵⁵⁵ Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, Bull. civ. V, n° 96, D. 2009, p. 2128

⁵⁵⁶ Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.820 et n° 02-60.831, Bull. civ. V, n° 267

position en la matière et la loi du 20 août 2008 « *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* »⁵⁵⁷, d'autre part, modifie en profondeur les règles portant sur la représentation institutionnelle. Les répercussions de cette nouvelle législation sur la reconnaissance de l'UES se feront certainement sentir dans les temps à venir.

194. Le droit positif – Pour le moment, il est certain que l'existence de l'UES ne peut être constatée que par voie conventionnelle ou par voie judiciaire. S'il est vrai qu'au regard de la jurisprudence actuelle, la présence d'un « *cordon ombilical* »⁵⁵⁸ entre ces modes de reconnaissance et le contentieux électoral se vérifie, il faut se poser la question du maintien d'un tel lien à l'avenir. Les deux voies de reconnaissance de l'UES seront examinées successivement, à savoir la reconnaissance conventionnelle (**Chapitre 1**) et la reconnaissance judiciaire (**Chapitre 2**).

⁵⁵⁷ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

⁵⁵⁸ B. BOUBLI, « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux, Etat des lieux et souhaits de réforme (II) », *Semaine sociale Lamy*, n° 1157, p. 8

Chapitre 1

LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE

195. La conclusion d'un accord – La jurisprudence a précisé, au fil du temps, les contours de la reconnaissance conventionnelle. Les modalités de conclusion de cet accord de reconnaissance d'une UES sont ainsi fixées par la Cour de cassation, même s'il apparaît aujourd'hui que la jurisprudence risque d'évoluer très prochainement. Il s'agira ici de comprendre la jurisprudence actuelle et de voir quelles sont les incohérences qui existent avec la législation et qui pourraient amener le juge à modifier les règles en matière de reconnaissance conventionnelle. Les règles portant sur la conclusion de l'accord de reconnaissance sont par conséquent encore d'actualité, mais semblent fortement en sursis (**Section 1**).

196. L'autorité attachée à l'accord – Une fois l'accord en reconnaissance d'une UES conclu entre les parties intéressées, il est revêtu d'une certaine autorité. Mais, celle-ci est relativement faible s'agissant de la reconnaissance conventionnelle (**Section 2**).

Section 1

La conclusion de l'accord de reconnaissance

197. L'action en deux temps – Les parties qui entendent conclure un accord de reconnaissance procèdent en deux temps. Elles doivent, dans un premier temps, entamer une phase de négociation. Il s'agit alors pour les parties de se mettre d'accord sur les contours de l'UES envisagée et sur la portée qui sera donnée à l'UES. Pour cette phase initiale, une certaine liberté est donnée aux parties, qui peuvent décider de modeler plus ou moins l'UES reconnue entre elles. Mais, il y a également certaines règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger.

Lorsque la première phase s'est faite sans heurts, les parties peuvent conclure, dans un second temps, un accord de reconnaissance. C'est à propos de cette phase que la jurisprudence actuelle est susceptible d'évoluer. La nature de l'accord conclu par les parties a été fixée par la jurisprudence au regard de la législation antérieure. Sous l'empire de la législation actuelle, nulle décision de la Cour de cassation n'a à ce jour été rendue. S'agissant de la question de la nature de l'accord en reconnaissance, la prudence est de mise. Nous verrons donc, dans un premier paragraphe, la négociation de l'accord (§ 1), puis, dans un second paragraphe, la nature de l'accord conclu (§ 2).

§ 1 – LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD

198. Les conditions et l'objet de la négociation – L'objet de la négociation « *est de favoriser la mise en place des organes de la représentation institutionnelle dans des conditions qui permettent aux salariés de bénéficier des garanties qui s'attachent à l'appartenance au même espace économique et social* »⁵⁵⁹. Pour ce faire, les parties doivent entamer cette phase de négociation en respectant certaines conditions pour que la négociation ait des chances d'aboutir dans le sens d'une reconnaissance d'UES et que cette reconnaissance ne soit pas remise en cause par le juge judiciaire. Le respect de certaines conditions de négociation est donc une étape préalable (A). Lorsque ces conditions sont respectées, les parties doivent parvenir à se mettre d'accord sur les contours de l'UES. Il s'agit alors de déterminer quel peut être l'objet de la négociation (B).

A – LES CONDITIONS DE NÉGOCIATION DE L'ACCORD

199. La fixation de règles par la jurisprudence – Une difficulté surgit d'emblée lorsqu'il s'agit de cerner la reconnaissance conventionnelle d'une UES. Au regard de la législation actuelle et des évolutions possibles de la jurisprudence en matière de reconnaissance par convention, il convient de s'interroger sur les parties intéressées à l'accord. Quelles sont les parties qui sont effectivement présentes à la table des négociations

⁵⁵⁹ B. BOUBLI, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

et qui sont susceptibles de signer l'accord en reconnaissance ? Cette question n'a pas vraiment fait l'objet d'éclaircissement ni par la jurisprudence ni par la doctrine. C'est une question pourtant essentielle et qui devra être précisée par la suite pour assurer la sécurité juridique des accords de reconnaissance (1).

Dans cette phase de négociation, lorsque les parties intéressées sont déterminées, elles n'ont pas pour autant pleine liberté. La notion d'UES ne doit pas être mise à mal. Les éléments constitutifs de l'UES se doivent d'être respectés par les parties (2).

1 – les parties intéressées à l'accord

200. Solution jurisprudentielle – La jurisprudence n'est pas abondante sur la question des parties intéressées à l'accord. Le dernier arrêt portant sur cette question semble être *a priori* l'arrêt du 10 novembre 2010⁵⁶⁰. La Cour de cassation décide qu'« *une unité économique et sociale ne pouvant être reconnue qu'entre des entités juridiques distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leur personnel, toutes les organisations syndicales représentatives présentes dans ces entités doivent être invitées à la négociation portant sur la reconnaissance entre elles d'une unité économique et sociale* ». Cet arrêt a été rendu conformément aux dispositions antérieures à la loi du 20 août 2008. L'ancien article L. 423-18 du Code du travail donnait des précisions sur l'organisation des élections. Selon l'alinéa 2 de cet article « *les organisations syndicales intéressées sont invitées par le chef d'entreprise à négocier le protocole d'accord préélectoral* ». La jurisprudence estimait qu'il s'agissait des organisations représentatives dans l'entreprise ou l'établissement.

De plus, un syndicat « *affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national était, peu important qu'il n'ait eu aucun adhérent dans l'entreprise, syndicat intéressé* »⁵⁶¹. Eu égard à cette jurisprudence, l'employeur se devait de convoquer l'ensemble des syndicats représentatifs au niveau national même s'ils n'étaient pas implantés dans l'entreprise ou l'établissement. L'arrêt du 10 novembre 2010 portant sur la reconnaissance conventionnelle d'une UES était dès lors conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation sur les parties appelées à négocier le protocole préélectoral. Inviter « *à la négociation les*

⁵⁶⁰ Cass. soc. 10 nov. 2010, n° 09-60.451, Bull. civ. V, n° 256

⁵⁶¹ Cass. soc. 4 juill. 1990, n° 89-60.035, Bull. civ. V, n° 351

organisations syndicales représentatives dans les différentes entreprises composant l'UES »⁵⁶² se justifiait alors.

201. Loi du 20 août 2008 – Aujourd'hui, il n'est pas certain que cette jurisprudence puisse encore s'appliquer. La loi du 20 août 2008 a modifié en profondeur les règles de la représentativité. L'article L. 2314-3 du Code du travail précise les organisations syndicales invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral. Il s'agit, d'une part, des « *organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés* », et, d'autre part, des « *organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel* ». Les premières sont informées par voie d'affichage de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral, tandis que les secondes sont invitées par courrier.

Si la jurisprudence confirme, dans les mois qui viennent, que l'accord de reconnaissance d'une UES doit obéir aux règles du protocole d'accord préélectoral, comme cela est le cas aujourd'hui⁵⁶³, l'article L. 2314-3 du Code du travail devra dès lors être appliqué pour connaître les personnes effectivement appelées à la table des négociations. Les personnes concernées ne seraient donc pas uniquement les organisations syndicales représentatives dans les entités de l'UES. Les autres organisations, dès lors qu'elles respectent certaines conditions, devraient également être appelées. Mais, il n'est pas certain qu'un lien soit toujours établi entre l'accord de reconnaissance et le protocole préélectoral⁵⁶⁴. Si la jurisprudence était amenée à décider que l'accord se rapproche davantage de la convention et accord collectif d'entreprise, les parties intéressées seraient alors les « *organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* »⁵⁶⁵. La jurisprudence du 10 novembre 2010 pourrait alors être maintenue. Or, l'arrêt du 31 janvier 2012⁵⁶⁶ semble vouloir appliquer les règles du protocole préélectoral. Un

⁵⁶² E. JEANSEN, « Invitation à la négociation relative à la reconnaissance d'une UES et périmètre de désignation des délégués syndicaux », JCP S, 2010, 1555

⁵⁶³ Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009, p. 2128

⁵⁶⁴ V. *supra*, n° 217

⁵⁶⁵ C. trav. art. L. 2231-1

⁵⁶⁶ Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne vise pas directement la reconnaissance conventionnelle. Mais, elle confirme la compétence du tribunal d'instance s'agissant de la reconnaissance judiciaire. Or, le tribunal

revirement de jurisprudence concernant les parties appelées à négocier l'accord en reconnaissance d'une UES apparaît donc inévitable.

202. Conclusion – La Cour de cassation maintient, pour le moment, sa jurisprudence sur la nature juridique de l'accord reconnaissant l'UES. Le rapprochement est établi entre cet accord et le protocole d'accord préélectoral. Par prudence, il semble donc qu'il faille respecter les dispositions de l'article L. 2314-3 du Code du travail et inviter l'ensemble des organisations syndicales visées par cet article à participer aux négociations. Lorsque ces négociations sont entamées, les parties intéressées ne peuvent pas remettre en cause les éléments constitutifs de l'UES. Elle ne peuvent pas négocier, marchander ces éléments.

2 – le respect des éléments constitutifs de l'UES

203. Le périmètre et les critères de l'UES – La notion d'UES est la même quel que soit son mode de reconnaissance. L'arrêt du 16 décembre 2008⁵⁶⁷ est particulièrement explicite sur ce point. Dans son attendu de principe, la Cour de cassation décide que « *la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale entre des entités juridiques distinctes, ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale, a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* ». La Haute juridiction énumère, dans cet arrêt, les caractéristiques de l'UES et décide que la reconnaissance d'une UES, qu'elle soit le résultat d'une convention ou d'une décision de justice, doit permettre de révéler l'existence d'une unité économique et d'une unité sociale entre plusieurs personnes morales.

Dans tous les cas, il faut que les deux critères cumulatifs soient satisfaits. Lorsque les parties se réunissent, elles doivent donc entreprendre une recherche des différents critères au regard des faits de l'espèce. La reconnaissance d'une UES ne se trouve en aucun cas facilitée par le fait que les parties décident de la reconnaissance d'une UES sans l'office du juge.

d'instance est compétent pour connaître du contentieux des élections professionnelles, et notamment des contestations relatives au protocole d'accord préélectoral. Le tribunal d'instance n'est pas compétent pour le contentieux relatif à la négociation collective. Il résulte de cette jurisprudence qu'implicitement la Cour de cassation semble vouloir maintenir le lien entre la reconnaissance conventionnelle et le protocole préélectoral (Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, D. 2012, 443)

⁵⁶⁷ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255, D. 2009, p. 986, Rev. dr. trav. 2009, p. 228

Chacun des critères doit être examiné et, c'est uniquement une fois qu'ils sont tous les deux satisfaits, que l'UES peut être reconnue. Qui plus est, seules des personnes juridiques peuvent être membres de l'UES. La Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 7 mai 2002⁵⁶⁸, qu'« *il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels* ». Nonobstant le mode de reconnaissance choisi, le périmètre de l'UES est le même. Il n'y a pas de définition différente de l'UES selon le mode de reconnaissance emprunté. Il en résulte que « *l'accord ne peut pas déroger aux conditions posées par la jurisprudence pour la reconnaissance d'une UES* »⁵⁶⁹. L'établissement d'une des personnes morales de l'UES ne peut donc être expressément exclu par les parties. L'ensemble des règles régissant la notion d'UES concerne tant la reconnaissance conventionnelle que la reconnaissance judiciaire.

204. Accord constitutif – Cette solution se justifie au regard de la notion d'UES. Les parties intéressées concluent entre elles un accord pour reconnaître une UES. Cet accord est certes « *constitutif* »⁵⁷⁰, puisqu'il est nécessaire pour qu'une UES existe. Il est incontournable pour les parties qui entendent se prévaloir de cette notion. Pour autant, les parties ne créent pas l'UES. L'accord ne fait que mettre en lumière ce qui existe déjà dans la réalité économique et sociale. C'est parce qu'il y a bien effectivement dans les faits une unité économique et une unité sociale que les parties ont la possibilité de décider de reconnaître une UES. Les deux critères cumulatifs de l'UES doivent donc être effectivement vérifiables et vérifiés lors de la conclusion d'un accord reconnaissant une UES. Il en est de même s'agissant du périmètre de l'UES.

Il en résulte que si les parties concluent un accord alors que les conditions de reconnaissance d'une UES ne sont pas satisfaites, un recours auprès du juge peut être actionné par l'une des parties non signataires⁵⁷¹. Et, quand bien même la convention de reconnaissance ferait l'objet d'un accord unanime, « *la règle posée dans le cadre de la reconnaissance judiciaire de l'UES (...) présente un caractère impératif* »⁵⁷². Les parties à l'accord ne sont donc pas totalement libres de décider du contenu de l'accord reconnaissant l'UES. Lorsqu'elles procèdent à la configuration de l'UES, elles doivent respecter la jurisprudence

⁵⁶⁸ Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, D. 2002, p. 3119 ; Dr. soc. 2002, p. 715, note J. SAVATIER ; Semaine sociale Lamy 2002, n° 1076, p. 12, concl. P. LYON-CAEN

⁵⁶⁹ B. BOUBLI, art. préc.

⁵⁷⁰ B. BOUBLI, art. préc.

⁵⁷¹ V. M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Paris, 9^e éd., 2009

⁵⁷² B. BOUBLI, art. préc.

fixée en matière d'UES. Pour autant, il s'agit véritablement d'un accord de configuration. Les parties ont la possibilité, dans une certaine mesure, de façonner, de « *paramétrer* » l'UES qu'elles entendent reconnaître.

B – L'ACCORD DE CONFIGURATION

205. Contenu de l'accord – Les parties concluent « *un accord de configuration* », selon l'expression consacrée par la doctrine⁵⁷³. Il s'agit d'un accord dont les dispositions sont, dans l'ensemble, librement fixées par les parties. Le contenu de l'accord n'est pas déterminé par le législateur. Il fait l'objet de négociations entre les parties⁵⁷⁴. Malgré tout, il est possible de faire une distinction entre ce qui doit nécessairement apparaître dans un accord et ce qui peut éventuellement apparaître dedans. L'approche fonctionnelle de l'UES perdure encore aujourd'hui. La reconnaissance de l'UES entraîne obligatoirement et avant tout la mise en place de la représentation institutionnelle. Les éléments permettant de reconnaître une UES en vue de mettre en place cette représentation doivent donc être présents dans l'accord **(1)**. Les autres éléments sont eux secondaires. Il n'est pas nécessaire que les autres règles, qui sont pourtant envisageables dans le cadre d'une UES, soient configurées dans cet accord. Elles peuvent faire l'objet d'un accord ultérieur **(2)**.

1 – l'approche fonctionnelle de l'UES

206. Accord sur l'existence d'une UES – Le législateur du 28 octobre 1982, en consacrant la notion d'unité économique et sociale, ne dit pas clairement que l'accord qui permet de reconnaître une UES constitue un accord de configuration de l'UES. L'ancien article L. 431-1, alinéa 6 du Code du travail indique simplement que l'UES est « *reconnue par convention* ». Il n'y a pas de précisions sur ce qui doit être convenu par les parties qui entendent reconnaître une UES. Mais, il est certain qu'il s'agit d'une véritable

⁵⁷³ B. BOUBLI, art. préc.

⁵⁷⁴ Dans l'ouvrage consacré à l'unité économique et sociale est présenté un modèle d'accord reconnaissant une UES. Il ne s'agit que d'un modèle qui propose différentes options pour les parties qui souhaitent conclure un tel accord. Cela montre bien que le contenu de l'accord n'est pas intangible (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 161 et s.)

reconnaissance⁵⁷⁵. L'existence d'une UES est établie, est considérée comme vraie. Cela signifie que, dans un premier temps, les parties intéressées doivent être d'accord sur le principe même de l'existence d'une UES. Les parties doivent pouvoir affirmer d'une seule voix qu'une unité économique et sociale constitue une réalité économique et sociale et qu'elles entendent procéder à sa reconnaissance pour en tirer certaines conséquences. Pour que la reconnaissance d'une UES puisse se faire, il faut donc que les parties s'accordent pour dire que les critères⁵⁷⁶ de l'UES sont satisfaits entre plusieurs personnes juridiquement distinctes. Dans un second temps, pour signer l'accord, les parties doivent être en mesure de préciser le nombre⁵⁷⁷ et l'identité des personnes morales⁵⁷⁸ incluses dans l'UES.

207. La mise en place de la seule représentation institutionnelle – L'ancien article L. 431-1, alinéa 6 du Code du travail, qui était alors l'unique disposition légale mentionnant l'unité économique et sociale, précisait l'effet d'une telle reconnaissance. Selon cet article, une fois l'UES reconnue par convention, « *la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* ». Les conséquences de la reconnaissance conventionnelle d'une UES étaient alors simples : il fallait mettre en place un comité d'entreprise commun.

L'accord de reconnaissance d'une UES entre l'employeur et les organisations syndicales avait comme unique objet de configurer le périmètre de l'UES en vue de la mise en place des institutions représentatives du personnel⁵⁷⁹. Le principe de l'existence d'une UES entre plusieurs personnes juridiques et la délimitation des contours de l'UES permettaient alors de reconnaître une UES pour une institution représentative du personnel particulière, la reconnaissance de l'UES étant alors considérée comme relative⁵⁸⁰. Une fois cette

⁵⁷⁵ « *L'accord est constitutif : l'UES n'existe qu'à compter de sa date d'effectivité ; il ne peut donc se réduire à un accord relatif à l'épargne salariale entre sociétés ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* (Cass. soc. 13 oct. 2010, n° 09-60.473, JCP S 2010, 1514, note J. DANIEL) », B. BOUBLI, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

⁵⁷⁶ V. *infra*, n° 103 et s.

⁵⁷⁷ Il n'y a pas de limite fixée par la loi ou la jurisprudence quant au nombre de personnes morales incluses dans l'UES. Il faut juste veiller à ne pas exclure une personne morale de l'UES afin d'échapper à la règle de l'incompatibilité entre le groupe et l'UES. Pour une illustration, V. Cass. soc. 16 avr. 2008, n° 07-60.348

⁵⁷⁸ V. *supra*, n° 455

⁵⁷⁹ Cass. crim. 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444 ; JCP 1972, II, 17046

⁵⁸⁰ C'est dans un arrêt du 13 juill. 2004 que la Cour de cassation décide, sans ambiguïté, que « *la notion d'UES n'est pas relative* » (Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.412 et n° 03-60.413, Bull. civ. V, n° 218). Jusqu'à lors, il s'agissait d'une notion relative. Le conseiller de Lestang résumait parfaitement cette notion en ces termes : « *dans la même situation de fait, (l'UES) pourra être retenue pour les uns et écartée pour les autres en raison de la mission différente des divers représentants du personnel qui n'exigent pas nécessairement le même cadre* » (R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, p. 12 et s.)

reconnaissance établie, l'organisation de nouvelles élections devait se faire dans le nouveau périmètre fixé par les parties⁵⁸¹.

208. La jurisprudence actuelle – Aujourd'hui, le régime juridique de l'UES s'est davantage structuré. L'UES ne constitue pas seulement un espace pour les représentants du personnel. Le législateur prend en compte la notion d'UES au-delà du seul article L. 2322-4 du Code du travail. Il élargit ses domaines d'application⁵⁸².

Les dispositions de l'article L. 2322-4 du Code du travail continuent malgré cela à s'appliquer. La reconnaissance conventionnelle d'une UES entraîne obligatoirement des répercussions sur les institutions représentatives du personnel⁵⁸³. La jurisprudence admet dès lors qu'un accord reconnaissant une UES n'ait qu'un seul objet, à savoir la mise en place de la représentation institutionnelle. Tel est le cas dans un arrêt du 12 juillet 2006⁵⁸⁴, dans lequel la Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir noté que « *l'accord du 18 janvier 1999 ne concernait que la mise en place de ces institutions* » représentatives du personnel. Un des salariés d'une des sociétés filiales de l'UES, après que son entreprise ait fait l'objet d'une liquidation judiciaire, entendait se prévaloir de l'existence de l'UES pour que la société mère paie notamment les rappels de salaire et les primes. Le premier article de l'accord intitulé « *convention de reconnaissance d'unité économique et sociale* » disposait, il est vrai, que les différentes sociétés sont considérées comme « *une seule et même entreprise au regard du droit du travail et de la collectivité des salariés* ». Pour autant, la Cour de cassation ne fonde pas sa décision sur cette disposition. Elle raisonne en deux temps. Elle précise, tout d'abord qu'« *un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel* ». Mais, elle refuse, ensuite, d'appliquer cette règle à l'espèce. Elle ne regarde pas uniquement l'article 1^{er} de l'accord du 18 janvier 1999. Elle examine l'ensemble de l'accord. Il en ressort que l'accord n'apporte de précisions que sur un seul élément, à savoir la mise en place des institutions représentatives du personnel.

⁵⁸¹ Cass. soc. 5 avr. 1995, n° 94-60.324, Bull. civ. V, n° 124; D. 1995, inf. Rap. 135; RJS 1995, n° 675

⁵⁸² À titre d'exemple, l'article L. 3322-2 du Code du travail prévoit les conditions d'institution d'un service de santé du travail dans les UES reconnues conformément à l'article L. 2322-4 du Code du travail.

⁵⁸³ « *L'approche fonctionnelle de l'UES subsiste toujours même si l'évolution de la législation et les avancées de la chambre sociale ont pu donner à penser que sa condamnation était probable.* », Lamy Social – Droit du travail, charges sociales, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2011, n° 3548

⁵⁸⁴ Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-40.331, Bull. civ. V, n° 254

209. Conclusion – Dès lors, aujourd’hui, malgré l’élargissement des domaines d’application de l’UES, un accord reconnaissant une UES peut ne configurer cette UES qu’en vue de la mise en place de la représentation institutionnelle⁵⁸⁵. Cela ne signifie pas pour autant que l’UES configurée a vocation à rester cantonnée à cette seule représentation du personnel. Si la conséquence première de la reconnaissance conventionnelle d’une UES est indéniablement la mise en place de la représentation institutionnelle, d’autres conséquences sont envisageables dans le cadre de l’accord de configuration ou dans le cadre d’accords ultérieurs.

2 – l’élargissement des domaines d’application de l’UES

210. L’impact envisageable sur la reconnaissance conventionnelle – Il est indéniable que « *les enjeux de la reconnaissance d’une UES dépassent aujourd’hui largement le cadre de la seule mise en place des instances représentatives du personnel* »⁵⁸⁶. Dans ces conditions, il semble nécessaire de s’interroger sur l’effet que pourrait produire cet élargissement sur l’accord reconnaissant l’UES. L’UES n’étant plus cantonnée à la seule représentation du personnel, il semble que l’on puisse élargir pareillement le champ d’application de l’accord de reconnaissance de l’UES. Cet accord configure, au minimum, le périmètre de l’UES en vue de la mise en place des institutions représentatives du personnel. Mais, il doit pouvoir aller au-delà de cette seule représentation institutionnelle. L’UES étant « *le périmètre dans lequel s’exercent les droits individuels et collectifs* »⁵⁸⁷, préciser les droits et obligations portant sur l’UES et consacrés par la loi dans l’accord de configuration de l’UES apparaît envisageable.

A priori, déterminer l’UES avec tous ses tenants et aboutissants, à savoir dans sa composition et dans son fonctionnement, dès lors que la démarche de reconnaissance est entreprise, pourrait sembler judicieux. Les parties se mettent en effet d’accord sur la reconnaissance d’une UES et savent pour l’application de quelle disposition législative l’UES sera sollicitée. C’est un raisonnement qui tient compte de la sécurité juridique des parties. Le contexte d’utilisation de l’UES est très encadré dès la phase de reconnaissance. La Cour de

⁵⁸⁵ « *Les partenaires sociaux peuvent donc se borner à définir le périmètre de l’UES sans entrer dans le détail des conséquences que cette reconnaissance entraîne* », B. BOUBLI, « L’UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

⁵⁸⁶ J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, « La reconnaissance de l’UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008 », JCP S. 2012, 1268

⁵⁸⁷ B. BOUBLI, art. préc.

cassation, par sa jurisprudence éparse sur cette question, semble admettre que l'accord de configuration ne porte pas uniquement sur la représentation institutionnelle⁵⁸⁸.

Et, pourtant, il n'est pas certain qu'il faille obligatoirement fixer dans l'accord de configuration de l'UES les droits et obligations exercés dans le cadre de l'UES. Les auteurs⁵⁸⁹ s'accordent pour dire qu'un accord collectif ultérieur à ce premier accord est possible pour donner des orientations nouvelles à l'UES. Dans un premier temps, les parties intéressées reconnaissent une UES entre elles et précisent le périmètre de celle-ci pour que la mise en place de la représentation institutionnelle puisse se faire. Cette reconnaissance suppose l'unanimité des parties⁵⁹⁰. Dans un second temps, les parties concluent un accord collectif qui vient préciser dans quelle mesure l'UES va constituer le périmètre d'exercice de certains droits individuels et collectifs.

Le fait de procéder en deux temps est intéressant à plus d'un point. D'une part, cet accord ne suppose pas, *a priori*, qu'il soit accepté par toutes les parties intéressées. En effet, à l'inverse de l'accord de configuration de l'UES qui entraîne nécessairement la mise en place des institutions représentatives du personnel, cet accord ultérieur ne porte pas sur la matière électorale. Il s'agit dès lors d'un accord collectif pour lequel la majorité est exigée⁵⁹¹. D'autre part, le fait de laisser un certain laps de temps entre la conclusion des deux accords devrait permettre aux parties de voir si l'UES fonctionne déjà bien au regard des institutions du personnel et de voir également au regard de quelles dispositions législatives l'UES pourrait être utile pour l'ensemble des personnes travaillant dans l'UES.

Dans tous les cas, que les parties décident de procéder en un temps ou en deux temps, l'accord de reconnaissance constitue obligatoirement, selon la jurisprudence actuelle, « *un protocole d'accord préélectoral* ».

⁵⁸⁸ Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-40.331, Bull. civ. V, n° 254

⁵⁸⁹ B. BOUBLI, art. préc.

⁵⁹⁰ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, Bull. civ. V, n° 392

⁵⁹¹ C. trav. art. L. 2231-1

§ 2 – LA NATURE DE L'ACCORD

211. Le droit positif sous l'influence de la loi du 20 août 2008 – La nature de l'accord qui reconnaît une UES paraît *a priori* clairement fixée par la jurisprudence. Depuis les débuts de la notion d'UES, il semble que la règle posée par la Haute juridiction soit restée la même (A). Le droit positif pourrait toutefois être amené à évoluer eu égard à l'introduction de nouvelles dispositions législatives issues de la loi du 20 août 2008. Le législateur a modifié les règles portant sur la représentation institutionnelle. Un revirement de jurisprudence en matière de reconnaissance conventionnelle de l'UES pourrait dès lors intervenir dans les mois qui viennent (B).

A – LE DROIT POSITIF

212. La nature de l'accord – La jurisprudence décide que l'accord qui reconnaît une unité économique et sociale doit suivre les règles applicables à un protocole d'accord préélectoral (1). La règle de l'unanimité constitue l'une d'entre elles. Elle se doit d'être respectée par les parties (2).

1 – La nature d'un accord préélectoral

213. Le silence de la jurisprudence – La nature de l'accord reconnaissant une UES n'est pas précisée dans l'article L. 2322-4 du Code du travail. Le législateur vise la reconnaissance d'une UES « *par convention* » sans préciser de quel type de convention il s'agit. Les premiers arrêts portant sur la reconnaissance conventionnelle de l'UES n'étaient pas davantage explicites sur cette question. C'est ainsi que dans un arrêt du 23 juin 1988⁵⁹², la Cour de cassation décide qu'« *une unité économique et sociale ne peut être reconnue que par convention entre tous les partenaires sociaux* ». La Haute juridiction ne fait ici que reprendre le terme utilisé par la loi sans noter à quelle catégorie juridique cette convention pouvait être rattachée.

Selon la doctrine, il était fort probable que la jurisprudence entendait rapprocher la reconnaissance conventionnelle d'un protocole d'accord préélectoral. Les auteurs ont en effet

⁵⁹² Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, préc.

noté que, dans l'arrêt précité, la jurisprudence exigeait le respect de la règle de l'unanimité, la convention devant être signée par « *tous les partenaires sociaux* »⁵⁹³. De plus, la signature de l'accord entraînait la mise en place des représentants du personnel. La nature électorale⁵⁹⁴ de l'accord apparaissait alors indiscutable. Or, le protocole d'accord préélectoral exige l'unanimité des parties intéressées dans certaines circonstances bien précises⁵⁹⁵. Il en résultait une assimilation faite de la convention reconnaissant une UES avec le protocole d'accord préélectoral. En exigeant l'unanimité des organisations syndicales, la Cour de cassation semblait viser implicitement les règles relatives au protocole préélectoral⁵⁹⁶.

214. Précision donnée par la Cour de cassation – Ce n'est que dans le dernier état de la jurisprudence que la Cour de cassation a précisé sans équivoque le mode de reconnaissance conventionnelle de l'UES. Dans un arrêt du 31 mars 2009⁵⁹⁷, elle décide que le tribunal d'instance a violé l'article L. 2322-4 du Code du travail parce que « *le périmètre de l'unité économique et sociale dans lequel devaient être organisées les élections au comité d'entreprise n'avait fait l'objet ni d'un protocole d'accord préélectoral unanime ni d'une décision de justice préalablement aux élections* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient deux modes de reconnaissance d'une UES, soit la reconnaissance conventionnelle faite par « *un protocole d'accord préélectoral unanime* », soit la reconnaissance judiciaire. La convention visée par l'article L. 2322-4 du Code du travail correspond à un accord préélectoral. Pour reconnaître conventionnellement une UES, il faut conclure un tel protocole. Cela signifie que les règles régissant les opérations électorales doivent être respectées en matière de reconnaissance conventionnelle de l'UES.

215. Justifications – Lorsque la jurisprudence décide que la reconnaissance conventionnelle d'une UES se fait au moyen d'un accord préélectoral, cela se justifie *a priori* au regard de la finalité première de la reconnaissance d'une UES. L'article L. 2322-4 du Code du travail est dépourvu d'ambiguïté lorsqu'il pose comme règle la mise en place de la représentation institutionnelle. La reconnaissance d'une UES se fait donc dans un cadre électoral. Le protocole signé entre l'employeur et les organisations syndicales permet

⁵⁹³ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, préc.

⁵⁹⁴ M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Paris, 9^e éd., p. 125

⁵⁹⁵ V. *supra*, n° 216

⁵⁹⁶ Les auteurs estiment, de ce fait, que la Cour suprême entendait rejeter les règles relatives au droit des conventions collectives (A titre d'exemple, J. SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », Dr. soc. 2004, p. 944).

⁵⁹⁷ Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009, p. 2128

d'aménager « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales* »⁵⁹⁸. Son contenu n'est pas intangible. Si son objet principal est d'assurer la répartition des sièges et des électeurs entre les collèges⁵⁹⁹, d'autres points portant sur les opérations électorales peuvent être fixés dans le protocole d'accord. Une certaine marge de manœuvre est laissée aux différents protagonistes. Décider de la reconnaissance d'une UES en déterminant la composition de l'UES dans le protocole d'accord, afin que les élections des représentants du personnel puissent se faire dans un cadre approprié, semble *a priori* justifié. La décision de la reconnaissance de l'UES doit, dans ce cas, être décidée à l'unanimité pour qu'elle puisse constituer une véritable reconnaissance de l'UES.

2 – l'application de la règle de l'unanimité

216. Nombre et composition des collèges électoraux – La jurisprudence requiert l'unanimité des parties intéressées comme condition de validité de cet accord reconnaissant une UES⁶⁰⁰. Pour le moment encore, cette règle de l'unanimité constitue le droit positif.

En matière électorale, la loi ne requiert pas, de façon générale, l'unanimité des parties. La règle de l'unanimité n'est pas requise pour chaque accord préélectoral. En fonction de l'objet de l'accord, la loi exige ou non l'unanimité des organisations syndicales représentatives. Venue encadrer le régime juridique de cet accord, la loi du 20 août 2008 décide en effet que le protocole est valable dès lors qu'il est signé « *par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation* ». Il n'y a qu'une seule hypothèse dans laquelle la loi précise que « *toutes les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise* » doivent signer l'accord préélectoral. L'article L. 2314-10 du Code du travail vise ici la règle de l'unanimité concernant « *le nombre et la composition des collèges électoraux* ».

Ainsi, il apparaît que le seul cas d'unanimité concerne le nombre et la composition des collèges électoraux. La jurisprudence, lorsqu'elle exige l'unanimité des organisations

⁵⁹⁸ « *Les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées. Cet accord doit respecter les principes généraux du droit électoral* », (C. trav. art. L. 2314-23). Les points essentiels traités dans un protocole d'accord préélectoral sont les suivants : la date de dépôt des candidatures, les date et heure du scrutin, l'organisation éventuelle du vote par correspondance, la fourniture des bulletins de vote, l'organisation éventuelle de la propagande électorale, la composition du bureau de vote.

⁵⁹⁹ C. trav. art. L. 2314-11

⁶⁰⁰ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, préc.

syndicales pour la reconnaissance conventionnelle de l'UES, paraît assimiler cette reconnaissance au nombre et à la composition des collèges électoraux⁶⁰¹. Ou, plus exactement, elle semble dire que pour fixer le nombre et la composition des collèges électoraux, il faut au préalable délimiter les contours de l'« *entreprise* » et, que donc, l'unanimité requise pour l'un vaut pareillement pour l'autre. En effet, le nombre de sièges à pourvoir dépend du nombre de salariés⁶⁰², lequel dépend du périmètre de l'entreprise. De même, la composition des collèges électoraux se fait par une répartition du personnel en collèges. Il faut pour cela connaître l'effectif de l'entreprise, ce qui exige de déterminer le périmètre de l'entreprise.

Inévitablement, pour pouvoir se mettre d'accord sur le nombre et la composition des collèges électoraux, les parties doivent au préalable s'accorder sur les contours de leur « *entreprise* ». C'est à ce moment-là que la reconnaissance de l'UES peut se faire. En matière électorale, la reconnaissance conventionnelle de l'UES se fait dans le cadre de la fixation du nombre de sièges à pourvoir et de la composition des sièges électoraux. Dès lors, l'unanimité exigée pour le nombre et la composition des sièges électoraux est également requise pour l'institution de l'UES. La règle de l'unanimité en matière de reconnaissance conventionnelle de l'UES s'explique au regard de l'origine de la notion d'UES. Elaborée pour permettre la mise en place de représentants du personnel à son niveau, l'UES se devait d'être reconnue par convention dans la seule perspective d'organisation d'élections du personnel. Qualifier cette convention de protocole d'accord préélectoral permettrait de cibler efficacement l'objet initial de l'UES.

Mais, aujourd'hui se pose la question du maintien de cette jurisprudence. La loi du 20 août 2008 modifie en profondeur les règles relatives à la représentation institutionnelle. Son impact sur la reconnaissance de l'UES commence simplement à être pris en compte par la jurisprudence.

⁶⁰¹ M. COHEN, op. cit.

⁶⁰² L'article L. 2314-1 du Code du travail précise que « le nombre des délégués du personnel est déterminé selon des bases fixées par décret en Conseil d'Etat, compte tenu du nombre des salariés ». L'article L. 2324-1 du Code du travail précise que « le comité d'entreprise comprend l'employeur et une délégation du personnel comportant un nombre de membres déterminé par décret en Conseil d'Etat compte tenu du nombre des salariés ».

B – L'IMPACT DE LA LOI DE 2008 SUR LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

217. Remise en cause de la jurisprudence actuelle – Se fondant sur la loi du 20 août 2008, quelques auteurs estiment que la jurisprudence devrait être modifiée sur deux points. La règle de l'unanimité nécessiterait d'être supprimée au profit de la règle de la majorité, d'une part (1), et, au protocole d'accord préélectoral pourrait se substituer les conventions et accords collectifs (2).

1 – la remise en cause de la règle de l'unanimité

218. L'unanimité des parties – Il n'y a pas *a priori* d'arrêt de la Cour de cassation rendu sous l'égide de la loi du 20 août 2008. Or, cette loi portant rénovation de la démocratie sociale⁶⁰³ a fortement modifié les règles portant sur la représentation institutionnelle. L'unanimité des parties intéressées n'est requise par le législateur que dans certaines hypothèses très spécifiques. Il en est ainsi des articles L. 2314-10 et L. 2324-12 du Code du travail traitant de la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux et des articles L. 2314-22 et 2324-20 portant sur l'organisation des élections en dehors du temps de travail. Ces deux derniers articles n'ont pas de lien direct avec la reconnaissance d'une UES. Ils ne portent que sur une modalité d'organisation des élections. Ce n'est pas sur ce fondement que la reconnaissance d'une UES peut se faire de manière conventionnelle.

En revanche, les premiers articles pourraient *a priori* justifier le maintien de la jurisprudence antérieure en matière d'UES. Les auteurs estimaient que la reconnaissance conventionnelle d'une UES devait faire l'objet d'un accord unanime parce que cela avait des répercussions sur le nombre et la composition des collèges. Ce raisonnement, tenu par la doctrine sous l'empire de la législation antérieure au 20 août 2008, est toujours suivi par une

⁶⁰³ Avant la loi du 20 août 2008, la validité du protocole d'accord préélectoral n'était soumise à aucune condition particulière quant au nombre de signataires, sauf dispositions particulières. Il était, d'une part, possible que l'unanimité ne soit pas requise par la loi mais que son défaut entraîne simplement l'inopposabilité de l'accord à la partie non signataire. L'absence de signature de l'accord par toutes les organisations syndicales permettait alors à l'organisation syndicale non signataire de saisir le juge d'instance (Cass. soc. 28 oct. 1997, n° 96-60.272, Bull. civ. V, n° 338 ; Cass. soc. 20 nov. 2002, n° 01-60.605, Bull. civ. V, n° 348). Le défaut de saisine du juge par cette organisation permettait de valider l'acte et empêchait une demande d'annulation de l'élection (Cass. soc. 3 juill. 1984, n° 83-61.178, Dr. ouvrier 1985, p. 30). Il était, d'autre part, possible que l'accord préélectoral soit applicable sans unanimité des parties. La jurisprudence décidait ainsi que le défaut d'unanimité n'empêchait pas l'application de l'accord relatif à la répartition de personnel dans les collèges et la répartition des sièges entre les collèges (Cass. soc. 12 juin 2002, n° 01-60.617, Bull. civ. V, n° 203).

partie de la doctrine⁶⁰⁴ qui estime que la reconnaissance conventionnelle de l'UES suppose l'unanimité des parties. Il n'est dès lors pas certain que l'introduction de la loi du 20 août 2008 modifie la règle de l'unanimité fixée par la jurisprudence s'agissant de la reconnaissance d'une UES par convention.

219. Régime de double majorité – Malgré tout, certains auteurs se montrent très hésitants sur le régime de la reconnaissance conventionnelle. Ils émettent quelques doutes sur le maintien de la règle de l'unanimité par la Cour de cassation⁶⁰⁵. En effet, depuis la loi du 20 août 2008, en matière de protocole préélectoral, l'unanimité des parties intéressées à l'accord ne constitue plus la règle générale.

Les articles L. 2314-3-1⁶⁰⁶ et L. 2324-4-1⁶⁰⁷ du Code du travail prévoient que « *la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise* »⁶⁰⁸. Le législateur a ainsi instauré un régime dit de « *double majorité* »⁶⁰⁹ qui est considéré comme étant le « *droit commun de la validité du protocole préélectoral* »⁶¹⁰. Il faut, d'une part, que les organisations syndicales qui participent à la négociation du protocole signent ce dernier dans leur majorité et, d'autre part, qu'il y ait, parmi ces signataires, les organisations syndicales représentatives qui ont obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

⁶⁰⁴ C. CAPMAS-BENOIST, « La portée de la reconnaissance d'une UES », *Semaine sociale Lamy*, n° 1205, p. 5

⁶⁰⁵ A. COEURET, « L'avenir de l'UES conventionnelle », *Semaine sociale Lamy*, n° 1220, p. 6 ; J. SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 946 ; Qui plus est, depuis la loi du 20 août 2008 se pose la question des signataires. Parmi les nombreuses parties appelées à négocier, quelles seraient les organisations syndicales concernées par cette unanimité : « *organisations représentatives ? organisations remplissant les conditions des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 ? organisations effectivement présentes à la table des négociations ?* » (J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, « La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008 », *JCP S.* 2012, 1268)

⁶⁰⁶ Cet article vise l'élection des délégués du personnel.

⁶⁰⁷ Cet article vise l'élection des membres du comité d'entreprise

⁶⁰⁸ C. trav. art. L. 2314-3-1 pour les délégués du personnel / C. trav. art. L. 2324-4-1 pour les membres élus du comité d'entreprise. C'est seulement lorsque les dispositions du Code du travail y renvoient que cette double condition de majorité s'applique. Il en est ainsi pour la répartition du personnel et des sièges entre les collèges (C. trav. art. L. 2314-11 / C. trav. art. L. 2324-13), la détermination et la perte de la qualité d'établissement distinct (art. L. 2314-31 / C. trav. art. L. 2322-5), les conditions de mise en place des délégués de site et l'augmentation du nombre de membres du comité d'entreprise. Un simple accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées suffit pour les autres dispositions du protocole.

⁶⁰⁹ J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, art. préc.

⁶¹⁰ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-60.419, *JCP S* 2011, 1231, note N. DAUXERRE, 2^e esp.

S'agissant de la reconnaissance de l'UES par convention, il convient de s'interroger sur l'applicabilité possible de la règle de droit commun fixée par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail. Lorsque les parties procèdent à la négociation du périmètre de l'UES, ils ne se mettent pas uniquement d'accord sur « *le nombre et la composition des collèges électoraux* »⁶¹¹. La reconnaissance d'une UES par voie conventionnelle implique de s'accorder sur d'autres points, tels que le périmètre de l'UES et les modalités de mise en place des institutions représentatives du personnel au sein de l'UES. En outre, toute reconnaissance d'UES « *n'entraîne (...) pas nécessairement une modification du nombre ou de la composition des collèges dans les catégories du personnel qu'ils représentent* »⁶¹². Se fonder sur l'article L. 2314-10 du Code du travail pour justifier la règle de l'unanimité en matière de reconnaissance conventionnelle apparaît dès lors relativement difficile. Le législateur de 2008 n'a pas spécifié quelle serait la règle applicable en matière de reconnaissance d'une UES. Il semblerait dès lors judicieux d'appliquer la règle générale, celle de la double majorité.

Mais, peut-être, la solution est toute autre. L'acte de reconnaissance d'une UES pourrait prendre la forme d'un accord collectif.

2 – L'application envisageable du droit commun des conventions et accords collectifs

220. La négociation de groupe – Depuis des années, une partie de la doctrine critique le fait que la reconnaissance de l'UES corresponde à la conclusion d'un protocole d'accord préélectoral⁶¹³. Les compétences de l'UES s'élargissent progressivement et s'éloignent du domaine électoral. Le lien entre l'UES et les élections professionnelles s'amenuise. Le fait que l'UES justifie son existence par rapport à des domaines distincts de la représentation du personnel l'amène à se détacher de l'élection des institutions représentatives du personnel. Dès lors que l'institution de l'UES ne peut plus se faire dans le cadre d'un « *contentieux électoral* »⁶¹⁴, il n'y a pas de raison que sa reconnaissance conventionnelle se fasse par le biais d'un protocole d'accord préélectoral. Il semblerait plus judicieux de décider que la reconnaissance conventionnelle de l'UES revêt le caractère d'un accord collectif.

⁶¹¹ C. trav. art. L. 2314-10

⁶¹² J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, art. préc.

⁶¹³ A. COEURET, art. préc. ; B. BOUBLI, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme (II) », *Semaine sociale Lamy*, n° 1157, p. 6

⁶¹⁴ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233 ; D. 2012, 443 ; Rev. dr. trav. 2012, p. 168 ; JCP S 2012, 1131 ; JCP S 2012, 1268 ; *Semaine sociale Lamy*, n° 1536, p. 11 ; *Semaine sociale Lamy*, n° 1541, p. 6

L'application des dispositions portant sur la négociation de groupe pourrait *a priori* sembler pertinente pour déterminer conventionnellement une UES. En effet, « *l'accord de configuration identifie le périmètre du groupe conformément aux dispositions de l'article L. 2232-30 du Code du travail* »⁶¹⁵, lequel dispose que « *la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* ». Mais, cette voie ne peut pas être empruntée comme mode de reconnaissance de l'UES. La notion de groupe renvoie ici « *à la définition relative à la création du comité de groupe donnée à l'article L. 2331-1 du Code du travail qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante* »⁶¹⁶. Or, une UES n'est pas nécessairement reconnue dans le cadre d'un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Qui plus est, une UES ne peut pas avoir le même périmètre qu'un groupe dans lequel un comité de groupe a déjà été reconnu⁶¹⁷. La négociation de groupe ne semble pas pouvoir correspondre à la négociation pour instituer une UES.

221. Négociation d'entreprise – En revanche, l'accord de configuration ne pourrait-il pas être soumis aux règles qui gouvernent la négociation d'entreprise ? En vertu des articles L. 2221-1 et L. 2221-2 du Code du travail, les conventions et accords collectifs de travail ont pour objet de déterminer, pour les salariés, « *leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que (...) leurs garanties sociales* ». Le législateur précise quels sont les thèmes de la négociation périodique obligatoire⁶¹⁸. Aucun de ces thèmes n'a trait à la configuration d'une UES. Ce silence du législateur signifie-t-il pour autant qu'un accord de configuration ne puisse pas prendre la forme d'un accord d'entreprise ? La doctrine estime déjà que la négociation collective qui peut être engagée au niveau d'une UES, lorsque celle-ci est reconnue, prend la forme d'un accord d'entreprise⁶¹⁹. L'UES est ainsi assimilée à une entreprise. Sachant que la reconnaissance d'une UES ne fait que valider la réalité économique et sociale rencontrée dans les faits, l'accord de configuration instituant une UES pourrait pareillement être soumis aux règles de l'accord d'entreprise.

⁶¹⁵ B. BOUBLI, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

⁶¹⁶ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 1362

⁶¹⁷ Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, Bull. civ. V, n° 391

⁶¹⁸ C. trav. art. L. 2242-5 à L. 2242-14

⁶¹⁹ B. BOUBLI, « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme », Semaine sociale Lamy, n° 1157, p. 6 ; A. COEURET, « Rapport (à propos Cass. soc. 23 mai 2000, n° 97-45.024) », RJS 2000, p. 529 ; N. DAUXERRE et G. LAFFERIERE, « Unité économique et sociale et négociation collective », JCP S 2006, 1775.

Concernant les parties à la négociation, l'article L. 2231-1 du Code du travail prévoit que la convention ou l'accord est conclu entre « *un ou plusieurs employeurs pris individuellement* » et « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* ». Dans le cadre d'une UES qui n'a pas fait l'objet de reconnaissance, cette dernière condition ne peut pas être satisfaite. La loi envisage cette hypothèse, puisque dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, l'accord peut être conclu avec les représentants élus du personnel⁶²⁰, avec un ou des salariés mandatés⁶²¹, ou avec un représentant de section syndicale⁶²².

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article L. 2232-24 du Code du travail, un accord instituant une UES pourrait être négocié et conclu « *par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche* ». La loi prévoit à cet égard que « *les organisations syndicales représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations* »⁶²³. L'institution d'une UES constitue aujourd'hui une demande des employeurs qui entendent par ce biais optimiser les relations collectives. Dès lors, l'employeur désirant voir reconnaître une UES pourrait négocier cette UES avec un ou plusieurs salariés mandatés. La reconnaissance d'une UES par voie d'accord collectif d'entreprise pourrait constituer une solution satisfaisante.

Si un accord collectif d'entreprise pouvait instituer une UES, cela signifierait alors que le tribunal d'instance ne pourrait pas être compétent. Seul le tribunal de grande instance le serait. Cela montre bien que la reconnaissance conventionnelle et la reconnaissance judiciaire sont pleinement liées. Le régime édifié pour l'une détermine le régime de l'autre. S'il faut un protocole d'accord préélectoral pour reconnaître une UES, le tribunal d'instance est alors compétent. En revanche, si un accord collectif suffit, le tribunal de grande instance peut reconnaître une UES. Il faudrait que « *les textes du Code du travail donnent expressément compétence au tribunal d'instance pour connaître des actions en reconnaissance d'UES* »⁶²⁴ ou au tribunal de grande instance, auquel cas un accord collectif d'entreprise pourrait instituer une UES.

⁶²⁰ C. trav. art. L. 2232-21 à L. 2232-23 et L. 2232-27-1 à L. 2232-29

⁶²¹ C. trav. art. L. 2232-24 à L. 2232-29

⁶²² C. trav. art. L. 2143-23 et L. 2232-14

⁶²³ C. trav. art. L. 2232-24, al. 2

⁶²⁴ J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, art. préc.

Au-delà de la nature de l'accord de reconnaissance qui pose question aujourd'hui, la reconnaissance conventionnelle est, de manière plus générale, dans une position délicate au regard de sa faible portée. Elle ne constitue pas le mode privilégié de reconnaissance d'une UES.

Section 2

La faible portée de l'accord de reconnaissance

222. Fragilité de la reconnaissance conventionnelle – La reconnaissance « *par convention* » est somme toute très difficile à conclure et à faire perdurer dans le temps. C'est une reconnaissance relativement fragile par rapport à la reconnaissance « *par décision de justice* ». Cette fragilité est perceptible sur deux points. D'une part, récemment encore, une première étape vers la reconnaissance conventionnelle pouvait être franchie par les organisations syndicales qui estimaient qu'il existait entre plusieurs personnes morales une UES. Aujourd'hui, les organisations syndicales ne peuvent plus prendre l'initiative de désigner un délégué syndical dans une UES qui n'a pas déjà été reconnue (§ 1). D'autre part, la reconnaissance conventionnelle, lorsqu'elle est effective, est revêtue d'une autorité relative. L'avenir d'un tel accord semble être toujours relativement incertain (§ 2).

§ 1 – LA FIN DE L'INITIATIVE D'UNE ORGANISATION SYNDICALE

223. L'impact de la loi du 20 août 2008 – Jusqu'à la loi du 20 août 2008, la jurisprudence admettait qu'une organisation syndicale puisse désigner un délégué syndical dans un périmètre qu'elle considérait comme une UES mais qui n'avait pas été reconnue comme telle de manière officielle, à savoir par convention ou par décision de justice. Il ne s'agissait pas pour la Cour de cassation d'un troisième mode de reconnaissance. Une telle désignation ne constituait pas une reconnaissance de l'UES mais était considérée comme

valide. De ce fait, cette désignation pouvait permettre aux parties intéressées d'entreprendre des négociations en vue de la conclusion d'un accord de reconnaissance. La désignation d'un délégué syndical favorisait la reconnaissance conventionnelle (A).

La loi du 20 août 2008 semble remettre en cause l'ensemble de cette jurisprudence. Les organisations syndicales ne pourront plus, de manière isolée, émettre l'idée selon laquelle il y aurait peut-être une UES entre plusieurs personnes morales. La reconnaissance conventionnelle subit véritablement la loi du 20 août 2008 (B).

A – LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE

224. La notification de la désignation – Jusqu'à présent, la jurisprudence admettait qu'une désignation de délégué syndical pouvait se faire dans une UES qui n'avait pas été préalablement reconnue⁶²⁵. Pour cela, il fallait respecter certaines conditions ayant trait à la lettre de notification. La Cour de cassation décidait ainsi que « *le syndicat qui désigne un délégué syndical auprès de plusieurs personnes, juridiquement distinctes, constituant selon lui une unité économique et sociale, doit indiquer, dans la désignation qu'il notifie au représentant légal de chacune des entreprises concernées, à peine de nullité de la désignation, l'existence et la composition de l'unité économique et sociale revendiquée* »⁶²⁶. Selon cette jurisprudence, le syndicat était ainsi tenu de préciser, d'une part, que la désignation du délégué syndical se faisait dans le cadre d'une unité économique et sociale afin qu'il n'y ait pas de doute possible sur la forme du cadre envisagée, et, d'autre part, quelles étaient les entités juridiques incluses dans l'UES. En désignant, dans cette lettre, les composantes de l'UES, le syndicat fixait ainsi les contours de l'UES. De manière unilatérale, il décidait qu'il existait effectivement une UES entre plusieurs personnes juridiques et il délimitait le périmètre de cette UES. Cette démarche du syndicat, nécessaire pour que la désignation du délégué syndical puisse avoir lieu⁶²⁷, pouvait être considérée comme une des phases initiales à l'accord de reconnaissance.

⁶²⁵ De même, la jurisprudence admettait implicitement qu'une désignation puisse se faire « *dans le périmètre de l'UES judiciairement reconnue qui n'a pas le même objet* », Cass. soc. 16 avr. 2008, n° 07-60.373, JCP S. 2008, 1439, comm. G. BLANC-JOUVAN.

⁶²⁶ Cass. soc. 26 avr. 2000, n° 99-60.030, Bull. civ. V, n° 155

⁶²⁷ Chaque délégué syndical est désigné par son syndicat en vertu de l'article L. 2143-3 du Code du travail. La désignation provient d'une décision unilatérale du syndicat. Des élections professionnelles n'ont pas à être organisées pour que la mise en place d'un délégué syndical se fasse. L'employeur et les autres organisations syndicales n'influent pas sur la décision du syndicat.

225. Prise en compte de la désignation lors des négociations – La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué sur la question de l'impact de cette désignation sur la reconnaissance d'une UES. Dans un premier temps, la Haute Juridiction permettait simplement au juge de prendre en compte cette désignation⁶²⁸. Dans un deuxième temps, elle décidait que l'absence de contestation valait reconnaissance⁶²⁹. Enfin, dans le dernier état de la jurisprudence rendue avant la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation « *semblait infléchir sa position* »⁶³⁰. Elle affirmait, dans un arrêt du 4 mars 2009, que « *si l'absence de contestation dans les délais prévus par l'article L. 2143-8 du Code du travail de la désignation d'un délégué syndical dans le périmètre d'une unité économique et sociale interdit la remise en cause du mandat du délégué syndical, et constitue un élément que le juge doit prendre en considération dans l'action en reconnaissance de cette unité, elle n'établit pas à elle seule son existence* »⁶³¹.

La Cour de cassation distinguait la désignation d'un délégué syndical de la reconnaissance d'UES. Elle exposait alors la validité du mandat du délégué syndical désigné dans une UES, lequel ne pouvait plus être contesté une fois passée le délai de 15 jours. Ce délai de forclusion⁶³² entraînait l'irrecevabilité d'une demande en opposition à cette désignation. Mais, bien que la désignation du délégué syndical pouvait se faire dans une UES qui n'avait pas été préalablement reconnue judiciairement ou conventionnellement, cette désignation n'équivalait pas à la reconnaissance de l'UES pour les autres institutions représentatives du personnel. La Cour de cassation fermait ainsi la voie à un troisième mode de reconnaissance de l'UES.

Pour pouvoir reconnaître une UES entre des personnes juridiques, il fallait alors procéder à un examen des éléments constitutifs de l'UES. Cet examen pouvait avoir lieu lors de la saisine du juge en vue d'une reconnaissance judiciaire de l'UES, comme cela est indiqué dans l'arrêt du 4 mars 2009. Le juge prenait alors en compte l'absence de contestation de la

⁶²⁸ Le tribunal d'instance a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile en ne précisant pas « *en quoi le moyen tiré de la désignation d'un délégué syndical au niveau d'une unité économique et sociale, qui n'avait pas été contestée par l'employeur, ne pouvait être pris en compte pour la reconnaissance de l'existence de cette unité économique et sociale* », Cass. soc. 29 janv. 2003, n° 01-60.650, RJS 2003, n° 480

⁶²⁹ La Cour de cassation décide que, en l'absence de contestation de la désignation d'un délégué syndical, « *les sociétés avaient ainsi reconnu l'existence d'une unité économique et sociale pour l'exercice du droit syndical* » et, que, dès lors, « *les élections devaient avoir lieu dans le périmètre de l'unité économique et sociale précédemment délimitée* », Cass. soc. 3 mai 2007, n° 06-60.042, RJS 2007, n° 863

⁶³⁰ E. PESKINE, « Unité économique et sociale : qui ne dit mot ne consent pas », Rev. dr. trav. 2009, p. 392

⁶³¹ Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497, D. 2009, p. 876, obs. B. INES ; Rev. dr. trav. 2009, 392, obs. E. PESKINE ; RJS 2009, n° 448

⁶³² Cass. soc. 21 juill. 1986, n° 86-60.027 ; Cass. soc. 20 mars 1990, n° 89-61.330

désignation du délégué syndical. Mais, cet examen pouvait également se dérouler dans le cadre de négociations entre les parties intéressées. En effet, il pouvait s'avérer intéressant, notamment, pour l'employeur de conclure un accord en reconnaissance d'une UES suite à la désignation d'un délégué syndical. Il était certainement préférable d'avoir une UES reconnue à l'égard de l'ensemble des institutions représentatives du personnel et pouvant servir à l'application d'autres droits individuels et collectifs, plutôt que d'avoir un délégué syndical désigné dans une UES qui n'existait que pour lui. Dans un souci de simplification des relations collectives, l'employeur pouvait, en quelque sort, s'appuyer sur cette désignation pour entreprendre des négociations pouvant mener à la reconnaissance d'une UES. Une telle désignation pouvait être considérée comme un tremplin vers la reconnaissance conventionnelle d'une UES.

226. Conclusion – Jusqu'alors, la désignation d'un délégué syndical se faisait alors même que l'UES n'avait pas fait l'objet d'une reconnaissance. Cette désignation n'entraînait pas *ipso facto* la reconnaissance d'une UES, la jurisprudence ayant clairement refusé que s'ouvre un troisième mode de reconnaissance. Pour autant, cette désignation pouvait permettre, dans les faits, de déclencher des discussions à propos d'une éventuelle reconnaissance d'une UES au delà du seul délégué syndical. Aujourd'hui, la reconnaissance conventionnelle semble être privée de cette désignation. La loi du 20 août 2008 ne devrait plus permettre à un syndicat de désigner un délégué syndical dans une UES qui n'a pas été préalablement reconnue.

B – LES IMPACTS DE LA LOI DU 20 AOÛT 2008

227. Organisation représentative dans l'UES – La loi du 20 août 2008 modifie en profondeur les règles appliquées jusqu'à présent par la jurisprudence s'agissant de la désignation d'un délégué syndical dans une UES. L'article L. 2143-3 du Code du travail fixe les conditions que doivent satisfaire les organisations syndicales pour pouvoir désigner un délégué syndical. L'organisation syndicale doit tout d'abord être reconnue représentative « *dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus* ». Il n'y a pas de disposition légale spécifique visant l'unité économique et sociale. Seuls l'« *entreprise* » ou l'« *établissement* » sont mentionnés par le législateur de 2008. Or, l'unité économique et

sociale est assimilée à l'entreprise en droit du travail⁶³³. Cela signifie donc que l'organisation syndicale doit être représentative au niveau de l'unité économique et sociale pour pouvoir désigner un délégué syndical. Cela implique nécessairement que l'UES ait déjà été reconnue antérieurement à cette désignation. Il faut, en outre, que des élections professionnelles aient eu lieu dans ce nouveau cadre, puisque l'organisation syndicale ne peut que désigner un délégué syndical qui a « *recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise* »⁶³⁴.

Il résulte de cette nouvelle législation que la désignation d'un délégué syndical dans une UES « *ne peut être régulière que si l'organisation procédant à cette désignation a été reconnue représentative dans le périmètre de désignation et donc a atteint le score électoral requis dans le périmètre de l'UES* »⁶³⁵. Ceci implique donc que l'UES soit déjà reconnue. Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour de cassation permettant la désignation d'un délégué syndical dans le cadre d'une UES non reconnue au préalable semble être mise à mal. Une organisation syndicale ne pourra plus prendre l'initiative de désigner un délégué syndical dans une UES, qui n'avait fait l'objet ni d'une reconnaissance conventionnelle ni d'une reconnaissance judiciaire. L'organisation devra en effet prouver sa représentativité pour pouvoir procéder à cette désignation. Or, cette représentativité se fera au niveau de l'UES. Celle-ci aura donc été reconnue en amont, soit par convention soit par décision de justice.

La période transitoire se terminant d'ici quelques mois⁶³⁶, la reconnaissance conventionnelle ne devrait plus, par la suite, pouvoir être déclenchée après l'initiative d'un syndicat souhaitant désigner un délégué syndical dans une UES qui n'était pas déjà reconnue. Mise ainsi en difficulté, la reconnaissance conventionnelle souffre également de son manque d'autorité.

⁶³³ Cass. soc. 16 oct. 2001, n° 99-44.037, Bull. civ. V, n° 324

⁶³⁴ C. trav. art. L. 2143-3

⁶³⁵ L. PECAUD-RIVOLIER, Y. STRUILLLOU, « *Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel* », Semaine sociale Lamy, n° 1541, p. 6

⁶³⁶ 21 août 2013

§ 2 – L'AUTORITÉ RELATIVE DE LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE

228. Les points de faiblesse de la reconnaissance conventionnelle – La reconnaissance conventionnelle semble avoir une faible portée par rapport à la reconnaissance judiciaire. Son existence est précaire, dans le sens où il s'avère relativement difficile d'obtenir la reconnaissance conventionnelle et de faire fonctionner l'UES suite à une telle reconnaissance (A). De plus, l'accord de reconnaissance ne vaut qu'entre les parties. Il n'engage qu'elles (B). Les faiblesses de la reconnaissance conventionnelle expliquent, pour une bonne part, pourquoi ce mode de reconnaissance est peu usité en pratique.

A – L'EXISTENCE PRÉCAIRE DE LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE

229. Difficulté d'obtenir l'unanimité des parties – L'existence précaire de la reconnaissance conventionnelle tient à la règle de l'unanimité fixée par la Cour de cassation⁶³⁷. Il faut que l'ensemble des parties à l'accord se mettent d'accord sur le principe de l'existence d'une UES et sur la composition de l'UES pour qu'il y ait véritablement une reconnaissance conventionnelle de l'UES. Or, cette unanimité n'est pas forcément facile à obtenir.

Certes, le fait qu'il n'y ait pas d'unanimité des parties à l'accord pour reconnaître une UES ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas de reconnaissance de l'UES. Dès lors qu'il n'y a pas de contestation judiciaire opérée par l'une des parties non signataires ou que cette partie, qui n'a pourtant pas signé l'accord, participe aux élections dans le nouveau cadre « *sans faire de réserves* »⁶³⁸, il y a lieu de considérer l'UES comme reconnue. La reconnaissance conventionnelle n'est pas forcément mise à mal par l'absence d'unanimité des parties.

Mais, malgré cela, en l'absence d'unanimité des parties à l'accord, la saisine éventuelle du juge plane sur les parties. La reconnaissance conventionnelle implique l'unanimité des parties. Lorsque tel n'est pas le cas, elle ne peut, en général, pas se faire, ou tout du moins,

⁶³⁷ Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, 87-60.250, Bull.civ. V, n° 392

⁶³⁸ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 3736

elle est susceptible d'être contestée auprès du juge. Il en résulte que la reconnaissance par convention est assez rare en pratique⁶³⁹.

230. Contestation devant le juge – L'existence précaire de la reconnaissance conventionnelle vient également du fait que cette reconnaissance peut être contestée devant le juge⁶⁴⁰. La reconnaissance judiciaire met un point final au désaccord qu'il y avait entre les parties intéressées. De nombreux arrêts révèlent la tentative de reconnaissance conventionnelle en amont de la saisine du juge ou la contestation par l'une des parties non signataires de l'accord en reconnaissance de l'UES⁶⁴¹. Cela signifie que, dans un certain nombre d'arrêts, une demande de reconnaissance judiciaire d'une UES est formulée suite à l'échec d'une reconnaissance conventionnelle.

Cela se comprend au regard, d'une part, des parties appelées à signer l'accord et, d'autre part, au regard des lourdes répercussions qu'entraîne une telle reconnaissance. S'agissant des parties à l'accord, il y a, d'un côté, un ou plusieurs employeurs et, de l'autre côté, des organisations syndicales représentatives⁶⁴². Les enjeux ne sont pas les mêmes pour les parties intéressées. Dans les premiers temps de la notion, les employeurs n'entendaient pas accepter la reconnaissance d'une UES⁶⁴³. La conclusion d'un accord apparaissait donc difficile dans un tel contexte. Aujourd'hui, tel n'est plus le cas. Les employeurs semblent même demandeurs d'une telle réorganisation sociale. *« Maintenant, la mise en place d'une unité économique et sociale est l'un des procédés utilisables dans l'optique d'une organisation sociale d'ensembles complexes. (...) L'unité économique et sociale apparaît alors comme l'une des pièces du « mécano social » mis en œuvre au titre de l'organisation des entreprises. À l'utilisation d'abord défensive de l'unité économique et sociale s'ajoute ainsi une utilisation, en quelque sorte, constructive. »*⁶⁴⁴ Les employeurs essaient de tirer partie de l'UES. Pour autant, des contentieux perdurent entre les parties à l'accord. Ces litiges sont susceptibles de porter davantage sur les conséquences qu'entraîne la reconnaissance d'une UES. En effet, d'autre part, les effets d'une UES peuvent être plus ou moins étendus selon la volonté des parties, lesquelles doivent parvenir à se mettre d'accord sur ces répercussions. Un simple

⁶³⁹ A. CERATI-GAUTHIER, « Quid de la demande d'une salariée en vue de la reconnaissance d'une UES ? », Les Cahiers Lamy du CE, 2004, n° 30

⁶⁴⁰ Pour une illustration, Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255

⁶⁴¹ À titre d'exemple, Cass. soc. 14 juin 2005, n° 04-60.431

⁶⁴² Cass. soc. 23 juin 1988, n° 87-60.245, 87-60.250, Bull. civ. V, n° 392

⁶⁴³ V. *infra*, n° 32 et s.

⁶⁴⁴ G. COUTURIER, « L'unité économique et sociale – trente ans après », Semaine sociale Lamy, n° 1140, suppl.

désaccord met fin à la reconnaissance conventionnelle. Se profile alors la phase judiciaire et l'éventuelle reconnaissance judiciaire.

231. Conclusion – La reconnaissance de l'UES s'obtient dans la grande majorité des cas par décision de justice. Il y a dès lors un déséquilibre entre les deux modes légaux de reconnaissance. En exigeant l'unanimité des parties en matière de reconnaissance conventionnelle, la Cour de cassation limite fortement la réussite de ce mode de reconnaissance de l'UES. Dans la pratique, la reconnaissance conventionnelle s'efface au profit de la reconnaissance judiciaire.

Cela semble *a priori* étonnant car la reconnaissance d'une UES n'est pas véritablement une création. Il s'agit de la révélation d'un état de fait⁶⁴⁵. Cette réalité économique et sociale ne devrait pas faire l'objet de remises en cause par les parties. C'est un état qui s'impose à elles. Mais, en vérité, il n'en est rien. La réalité des personnes morales est bien plus complexe qu'il n'y paraît. Et, la souplesse dont fait preuve la Cour de cassation dans l'interprétation des critères de l'UES montre bien que la reconnaissance d'une UES n'est pas forcément si évidente que cela à obtenir. Et, lorsque tel est le cas, la reconnaissance ne vaut qu'entre les parties.

B – L'ACCORD DE RECONNAISSANCE LIMITÉ AUX PARTIES

232. Parties tenues par l'accord – En l'état actuel du droit, l'accord reconnaissant une UES doit obtenir l'unanimité des parties par référence aux règles qui gouvernent le protocole préélectoral. La reconnaissance de l'UES devient ainsi une disposition de nature électorale. À ce titre, elle doit être admise par toutes les parties intéressées pour s'imposer à elles et au juge⁶⁴⁶. L'accord reconnaissant l'UES n'a alors d'autorité qu'envers les parties et le juge. Cette unanimité et cette référence aux règles du protocole préélectoral ne permet dès lors

⁶⁴⁵ « L'UES n'est pas une création, c'est un état de fait », M. COHEN, « Débat autour de l'unité économique et sociale », Semaine sociale Lamy, n° 1081, p. 6⁶⁴⁶ « si les dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime, l'accord collectif qui a pour objet d'améliorer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, signé par au moins une organisation syndicale représentative dans l'entreprise, a force obligatoire », Cass. soc. 23 juin 1999, n° 96-44.717, Bull. civ. V, n° 302

⁶⁴⁶ « si les dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime, l'accord collectif qui a pour objet d'améliorer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, signé par au moins une organisation syndicale représentative dans l'entreprise, a force obligatoire », Cass. soc. 23 juin 1999, n° 96-44.717, Bull. civ. V, n° 302

pas d'opposer la reconnaissance conventionnelle à tous⁶⁴⁷. Sa portée est somme toute relative. Seules les parties et le juge sont tenus par l'accord et peuvent s'en prévaloir. Le risque est alors de voir l'UES cantonnée dans son rôle premier : constituer uniquement un cadre pour les élections professionnelles.

Or, la jurisprudence entend prendre en considération l'émancipation de l'UES. Dans un arrêt important du 16 décembre 2008⁶⁴⁸, la Cour de cassation dispose, sans ambiguïté, qu'« *un accord collectif reconnaissant une unité économique et sociale peut étendre ses effets au delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES* », même si cet accord « *ne peut faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés* ». Le contenu de l'accord reconnaissant une UES n'est pas limité à la seule représentation du personnel. Il est possible de faire de l'UES l'espace d'exécution de certaines obligations définies expressément dans l'accord. Cette liberté dévolue aux parties offre des perspectives intéressantes. La contractualisation de ce qui est déjà permis par la loi et la jurisprudence en matière d'UES est envisageable, avec l'adaptation de ces règles à chaque cas d'espèce. Mais, l'UES ne pourrait-elle pas devenir l'entreprise en droit du travail au regard des dispositions de l'accord reconnaissant l'UES ? À l'exception de la qualité d'employeur qui ne peut être attribuée à l'UES, il ne semble pas y avoir de limite posée par la Cour de cassation. L'UES pourrait devenir un cadre pour l'ensemble des relations collectives sans distinction. Pour les relations individuelles, dès lors que ce n'est pas sur l'employeur que pèse une obligation, l'UES pourrait être considérée comme un cadre approprié⁶⁴⁹.

233. Obstacles à l'assimilation de l'UES à l'entreprise – Une nouvelle page semble s'ouvrir en faveur de l'UES avec cette jurisprudence du 16 décembre 2008. L'UES pourrait devenir effectivement l'entreprise en droit du travail si les parties à l'accord décident de faire de l'UES l'espace privilégié d'exécution des obligations. Mais, plusieurs obstacles à cette assimilation de l'UES à l'entreprise demeurent encore. Il y a, d'une part, le problème de la publicité de l'accord. Tant que l'accord restera lié au protocole préélectoral, il ne sera pas possible de le rendre opposable à tous, au delà des parties et du juge. Il y a, d'autre part, le problème de la variabilité du contenu de chaque accord en reconnaissance d'UES. La Cour de

⁶⁴⁷ Pour que la reconnaissance de l'UES devienne opposable à tous, il faudrait que ce soit un accord collectif majoritaire qui soit à l'origine de la reconnaissance conventionnelle de l'UES. L'UES jouerait alors le rôle d'entreprise.

⁶⁴⁸ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull.civ. V, n° 255

⁶⁴⁹ V. *supra*, n° 362

cassation semble laisser aux parties la possibilité de modeler l'UES en fonction des caractéristiques propres de chaque situation. Limitée, dans certaines hypothèses, à la seule représentation salariale, l'UES pourrait, dans d'autres hypothèses, s'émanciper jusqu'à devenir une entreprise en droit du travail. L'UES deviendrait dès lors à contenu variable. Il n'y aurait dès lors plus de définition unique de l'UES mais bien plusieurs définitions. Selon les situations, elle pourrait être considérée comme une entreprise en matière d'institutions représentatives du personnel ou comme une entreprise en droit du travail. La plasticité de la notion, déjà mise en avant par les auteurs, serait renforcée pour occasionner un manque de visibilité.

234. Conclusion – La reconnaissance conventionnelle est peu utilisée en pratique. La jurisprudence pourrait être amenée à modifier sa jurisprudence en la matière. Cela permettra peut-être à ce mode de reconnaissance de l'UES d'être plus usité et d'aboutir sans qu'il n'y ait de saisine du juge par la suite. En l'état actuel du droit, le juge judiciaire est le plus fréquemment saisi d'une demande de reconnaissance d'UES.

Chapitre 2

LA RECONNAISSANCE JUDICIAIRE

235. La reconnaissance d'une réalité – La reconnaissance judiciaire de l'UES permet à un juge de se prononcer sur le rapprochement de plusieurs personnes juridiquement distinctes. En constatant des liens relativement étroits entre ces personnes, le juge retient l'existence d'une unité économique et celle d'une unité sociale. Cette démarche opérée par le juge tend à aller dans le sens d'une assimilation de l'UES à l'entreprise. Le juge est appelé à reconnaître une réalité de terrain, il constate qu'il existe de facto une UES-entreprise. Il est saisi dès lors qu'une entreprise est en train de naître sous la forme d'une unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiques. Pour autant, le contentieux relatif à la reconnaissance judiciaire demeure toujours vif.

D'une part, la question du juge compétent en la matière reste aujourd'hui encore posée, l'article L. 2322-4 du Code du travail visant uniquement la reconnaissance de l'UES par « *décision de justice* » (**Section 1**). D'autre part, la question de l'autorité attachée à la reconnaissance judiciaire de l'UES fait l'objet de nouvelles décisions de la part de la Cour de cassation (**Section 2**). Le régime juridique de la reconnaissance judiciaire d'une UES pourrait être amené à évoluer encore dans les années futures.

Section 1 – La reconnaissance de l'UES par décision de justice

236. L'évolution jurisprudentielle – Dans les années 1970, à partir du moment où la Cour de cassation a dégagé la notion d'unité économique et sociale, elle a dû déterminer le juge compétent pour reconnaître une telle unité (§ 1). La jurisprudence n'a pas modifié sa position concernant la juridiction compétente. En revanche, s'agissant de l'action contentieuse, certaines évolutions sont apparues au fil de l'élaboration de la jurisprudence (§ 2).

§ 1 – LA JURIDICTION COMPÉTENTE

237. Le tribunal d'instance – Le juge compétent n'a pas été désigné par le législateur. La Cour de cassation, saisie de cette question, a estimé, « *en réalité de manière purement prétorienne* »⁶⁵⁰, que l'action en reconnaissance d'une unité économique et sociale « *relève de la compétence du tribunal d'instance* »⁶⁵¹. Cette solution fait l'objet d'une jurisprudence constante. La Haute juridiction a toujours décidé que le tribunal d'instance était compétent en la matière (A). Une partie de la doctrine entend, pour sa part, remettre en cause la compétence du juge d'instance en matière de reconnaissance judiciaire de l'UES. Porter l'action en reconnaissance devant le tribunal de grande instance serait plus adéquat au regard de la législation actuelle (B).

A – LA DÉSIGNATION JURISPRUDENTIELLE DU TRIBUNAL D'INSTANCE

238. Lien avec le contentieux électoral – Dès l'origine, la Cour de cassation a établi un lien entre l'UES et le contentieux électoral. Aujourd'hui encore, ce lien perdure. La reconnaissance d'une UES entraîne la mise en place de la représentation institutionnelle appropriée. Ceci constitue la raison pour laquelle le tribunal d'instance est compétent (1). Pour que cette reconnaissance judiciaire puisse se faire, encore faut-il savoir quel est le tribunal territorialement compétent (2).

1 – La notion d'UES étroitement liée au contentieux électoral

239. Initialement – La désignation du juge d'instance s'explique par la genèse de l'UES. Initialement, la reconnaissance d'une UES permettait uniquement la mise en place d'un comité d'entreprise commun⁶⁵². Le contentieux de la reconnaissance de l'UES constituait alors exclusivement un accessoire du contentieux électoral. Or, la matière électorale relève de la compétence du tribunal d'instance, l'ancien article L. 433-11 du Code

⁶⁵⁰ A. CŒURET, « Le juge compétent pour connaître de l'UES », *Semaine sociale Lamy*, n° 1303, p. 6

⁶⁵¹ Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.820, Bull. civ. V, n° 271 ; Cass. soc. 10 mai 1983, n° 82-60.274, Bull. civ. V, n° 255 ; Cass. soc. 30 mars 1978, Bull. civ. V, n° 247 : « *le litige relatif à l'existence ou non d'une unité économique et sociale constituée par les trois sociétés était de la compétence du tribunal d'instance* ».

⁶⁵² C. trav. art. L. 2322-4

du travail⁶⁵³ précisant sur ce point que « *les contestations relatives à l'électorat, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux sont de la compétence du tribunal d'instance* ».

C'est précisément au moment de l'organisation des élections des représentants du personnel que le juge pouvait être saisi d'une demande de reconnaissance d'une UES, les demandeurs contestant le périmètre des élections retenu par l'employeur⁶⁵⁴. La saisine du tribunal d'instance en matière d'élection des membres du comité d'entreprise se justifiait alors pleinement. Cette compétence d'attribution dévolue au tribunal d'instance demeure toujours. Le contentieux électoral, qu'il concerne l'élection des membres du comité d'entreprise⁶⁵⁵, ou celle des délégués du personnel⁶⁵⁶, de même que le contentieux relatif aux désignations syndicales⁶⁵⁷ relève de la compétence du tribunal d'instance.

240. Élargissement du champ d'action de l'UES – Mais, aujourd'hui, l'UES est amenée à exister au-delà des élections professionnelles⁶⁵⁸. La question du maintien de la compétence du tribunal d'instance s'est posée avec l'élargissement du champ d'action de l'UES. La Cour de cassation a ainsi dû répondre à cette question de droit nouvelle⁶⁵⁹, à savoir si la compétence du tribunal d'instance doit être maintenue en dehors de tout litige électoral. Elle a émis un avis allant dans le sens du maintien de la compétence du tribunal d'instance.

L'avis du 19 mars 2007⁶⁶⁰, rendu par suite d'une demande d'avis formulée par le tribunal d'instance d'Angers le 14 décembre 2006⁶⁶¹, est relativement bref. La Cour de

⁶⁵³ Recod., C. trav. art. L. 2324-23

⁶⁵⁴ Pour une illustration, Cass. soc. 6 nov. 1985, n° 84-60.751, Bull. civ. IV, n° 510

⁶⁵⁵ L'article L. 2324-23 du Code du travail désigne uniquement le « *juge judiciaire* » lorsqu'il énonce que « *les contestations relatives à l'électorat, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux sont de la compétence du juge judiciaire* ». L'article R. 2324-23 du Code du travail précise que le tribunal compétent en la matière est le tribunal d'instance.

⁶⁵⁶ L'article R. 2314-17 du Code du travail dispose que « *les contestations relatives à l'électorat et à la régularité des opérations électorales prévues à l'article L. 2314-25 sont de la compétence du tribunal d'instance, qui statue en dernier ressort.* »

⁶⁵⁷ L'article R. 2143-5 du Code du travail dispose que « *le tribunal d'instance statue en dernier ressort sur les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux légaux ou conventionnels* ».

⁶⁵⁸ V. *supra*, n° 329 et s.

⁶⁵⁹ Dans un jugement en date du 23 décembre 2005, le tribunal d'instance du 15^{ème} arrondissement de Paris s'était déclaré incompétent au profit du tribunal de grande instance de Paris. Le tribunal d'instance d'Angers a préféré former une demande d'avis auprès de la Cour de cassation comme le lui permet la loi avant de pouvoir trancher sur la question du juge compétent pour connaître de l'UES. La demande d'avis a été instituée par une loi du 15 mai 1991. Elle est régie par les articles L. 441-1 à L. 441-4 du Code de l'organisation judiciaire, et, en matière civile, par les articles 1031-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile. L'avis de la Cour de cassation est sollicité pour « *une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* ».

⁶⁶⁰ Avis n° 0070005P du 19 mars 2007 portant sur la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale

cassation raisonne en trois temps. Elle part du postulat selon lequel « *la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées* ». La Cour établit un lien systématique entre l'UES et les représentants du personnel. Ce lien, qui existe depuis la création de la notion d'UES, est maintenu malgré l'élargissement des compétences de l'UES. L'UES reconnue judiciairement doit pouvoir servir de cadre aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise et à la désignation des délégués syndicaux. La finalité première de l'UES, à savoir l'obligation de mettre en place les institutions représentatives du personnel correspondant à cette nouvelle configuration, garde toute sa prééminence aujourd'hui. Les finalités nouvelles de l'UES, voulues essentiellement par le législateur, restent, pour le moment, secondaires.

Face à ce constat, la Cour de cassation décide que la compétence du tribunal d'instance doit être maintenue. Elle affirme que « *l'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance* ». Répondant à la question précise du tribunal d'instance d'Angers, elle déclare, enfin, qu'« *il en est de même de l'action aux fins de modification, par voie d'élargissement ou de réduction, du périmètre d'une unité économique et sociale* ». Les faits de l'espèce expliquent cette dernière précision de la Cour de cassation. Après le départ d'une société d'un groupe composant une unité économique et sociale, les autres sociétés ont invité les syndicats à négocier la modification du périmètre de l'UES. Face au refus des syndicats, le tribunal d'instance est saisi afin de faire juger l'exclusion de ladite société de l'UES. Il s'agissait donc d'une action aux fins de modification du périmètre de l'UES, par voie de réduction, laquelle relève bien du tribunal d'instance.

La jurisprudence retient sans équivoque la compétence du tribunal d'instance pour toute demande de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale. Les personnes souhaitant faire une telle demande doivent alors saisir le tribunal territorialement compétent, les différentes personnes morales susceptibles d'être incluses dans une UES n'étant pas nécessairement toutes situées dans une seule zone géographique.

⁶⁶¹ Jugement du tribunal d'instance d'Angers rendu le 14 décembre 2006, par lequel le tribunal demande à la Cour de cassation son avis sur cette question : « *L'action judiciaire aux fins de modification par voie d'élargissement ou de rétrécissement du périmètre d'une unité économique et sociale, en l'absence de tout contentieux électoral (indépendamment de tout litige portant sur l'organisation ou le déroulement d'élections professionnelles) relève-t-elle de la compétence d'attribution du tribunal d'instance ou de celle du tribunal de grande instance ?* »

2 – Le tribunal territorialement compétent

241. Risque de litispendance – Plusieurs arrêts de la Cour de cassation mettent en exergue la question de la compétence territoriale du tribunal d'instance. Cette question se justifie au regard de la particularité de la notion d'UES. Celle-ci est en effet composée de plusieurs personnes juridiquement distinctes qui peuvent être éloignées géographiquement les unes des autres. Plusieurs tribunaux d'instance sont donc susceptibles d'être compétents.

Dans un arrêt du 6 janvier 1984⁶⁶², la Cour de cassation constate ainsi que, suite à la désignation d'un délégué syndical central auprès de plusieurs sociétés et coopératives, chacune d'entre elles « *ont demandé aux tribunaux d'instance de ressort de leurs sièges sociaux d'annuler la désignation de x... en soutenant qu'elles ne constituaient pas une unité économique et sociale* ». Ce ne sont pas moins de dix tribunaux d'instance qui sont saisis d'une même demande. Le risque de litispendance est ici vérifié. Le litige est porté devant plusieurs juridictions qui sont toutes compétentes. Or, il faut éviter les risques de litispendance. Selon les auteurs, « *la Cour de cassation retient l'unité de saisine du tribunal compétent pour le siège social de l'un ou l'autre des membres de l'entité dont la reconnaissance est poursuivie* »⁶⁶³. Sur le fondement de l'article 100 du Nouveau code de procédure civile⁶⁶⁴, la Cour de cassation décide de la compétence territoriale du premier juge saisi. Les demandeurs sont libres de saisir le tribunal d'instance de leur choix dès lors que le tribunal saisi est celui du siège de l'une des personnes morales composant l'UES. Il ne s'agit pas nécessairement du tribunal dans le ressort duquel est implantée la société la plus importante de l'UES. Ce qui compte c'est que le tribunal d'instance territorialement compétent soit celui des sièges sociaux des personnes morales. Il en résulte que le tribunal du lieu d'un des établissements des personnes morales n'est pas compétent pour reconnaître une UES⁶⁶⁵.

242. Risque de contrariété – Lorsque plusieurs actions en reconnaissance sont portées devant des juges différents, le risque de contradiction est réel. C'est ainsi que dans l'arrêt du

⁶⁶² Cass. soc. 6 janv. 1984, n° 83-60.961, 83-61.023, 83-61.028, 83-61.032, 83-61.036, 83-61.040, Bull. civ. V, n° 8

⁶⁶³ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 27

⁶⁶⁴ « *Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office.* », NCPC, art. 100

⁶⁶⁵ Cass. soc. 30 mars 1978, n° 78-60.060, Bull. civ. V, n° 247

6 janvier 1984⁶⁶⁶, la moitié des tribunaux rejette le recours des sociétés et coopératives et valide la désignation du délégué syndical central, tandis que l'autre moitié annule cette désignation. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 618 du Code de procédure civile⁶⁶⁷, dispose que « *toutes les décisions attaquées doivent être annulées, afin de permettre à une juridiction de renvoi unique de statuer de nouveau sur les faits litigieux* ». En l'espèce, la contrariété est effectivement constatée par la Cour de cassation. Elle décide alors, conformément à la loi⁶⁶⁸, d'annuler les décisions rendues en première instance. La reconnaissance judiciaire d'une UES ne peut être faite que par un seul tribunal d'instance⁶⁶⁹.

La jurisprudence relative à la compétence territoriale du tribunal d'instance est relativement ancienne et bien établie⁶⁷⁰. Elle ne fait pas l'objet de discussions doctrinales. En revanche, il n'en est pas de même s'agissant de la question de la compétence du tribunal d'instance. De manière très régulière⁶⁷¹, les auteurs débattent sur une possible remise en cause de la compétence d'attribution du tribunal d'instance.

B – LA REMISE EN CAUSE DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'INSTANCE

243. Rupture avec le contentieux électoral – Les liens étroits entretenus jusqu'à présent entre la notion d'UES et le contentieux électoral s'estompent progressivement. La Cour de cassation note cette rupture entre les deux en admettant qu'une demande en reconnaissance d'une UES puisse se faire hors contentieux électoral (1).

Pour le moment, la Haute juridiction ne tire pas les conséquences de sa jurisprudence en ce qui concerne la désignation de la juridiction compétente. Mais, peut-être pourrait-elle

⁶⁶⁶ Cass. soc. 6 janv. 1984, préc.

⁶⁶⁷ « *La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article 605, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire ; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté. En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article 612. Il doit être dirigé contre les deux décisions ; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux.* », CPC, art. 618

⁶⁶⁸ « *lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux.* », CPC, art. préc.

⁶⁶⁹ Dans le même sens, Cass. soc. 7 mai 1981, n° 80.60-242, Bull. civ. V, n° 408

⁶⁷⁰ CA Paris, 1^{re} ch., sect. D, 2001, n° 2000/10287, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 880, note B. SAINTOURENS.

⁶⁷¹ J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, « La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008 », JCP S. 2012, 1268 ; B. BOUBLI, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme (II) », Semaine sociale Lamy, 23 févr. 2004, n° 1157, p. 6

décider de la compétence du tribunal de grande instance, à l'instar d'une partie de la doctrine (2).

1 – l'exercice d'une demande hors contentieux électoral

244. Lien étroit avec le contentieux électoral – Depuis le début de la construction de la notion d'UES de manière prétorienne, le tribunal d'instance est compétent en matière de reconnaissance judiciaire d'une UES. La Cour de cassation n'a jamais infléchi sa position sur ce point. Jusqu'à un arrêt récent⁶⁷², la notion d'UES était étroitement liée au contentieux des élections professionnelles. Ceci justifiait alors que le tribunal d'instance soit saisi d'une demande de reconnaissance.

L'action en reconnaissance faite auprès du juge pouvait ainsi être présentée lors de l'élection des membres des institutions représentatives du personnel, auquel cas la question relative à la reconnaissance de l'UES tendait à l'organisation des élections professionnelles dans un périmètre nouveau⁶⁷³. La jurisprudence admettait également que la demande soit faite auprès du juge en dehors de tout scrutin, mais qu'elle ait pour but d'entraîner l'organisation d'élections professionnelles⁶⁷⁴. La possibilité offerte aux personnes intéressées d'agir en reconnaissance de l'UES à tout moment, indépendamment du moment fixé par l'employeur pour organiser la tenue des élections, assouplissait la procédure en reconnaissance. Cette action en reconnaissance de l'unité « *n'(était) pas circonscrite dans le temps* »⁶⁷⁵. Le lien entre la reconnaissance de l'UES et l'élection semblait dès lors s'atténuer. Mais, la demande étant formulée en vue de la tenue de nouvelles élections dans le cadre de l'UES, la reconnaissance de l'UES restait étroitement liée à la matière électorale. Dans le cadre de ces deux situations de saisine du juge, la compétence du tribunal d'instance ne semblait pas devoir être remise en cause⁶⁷⁶.

⁶⁷² Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, D. 2012, 443

⁶⁷³ Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 94-60.584

⁶⁷⁴ « *L'action en reconnaissance d'une unité économique et sociale en vue de la mise en place d'une institution représentative ressortit au contentieux des élections professionnelles et relève de la compétence du tribunal d'instance* », Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.820, Bull. civ. V, n° 271. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que l'UES ne devait pas être demandée trop tôt avant les élections (Cass. soc. 28 févr. 1990, n° 89-61.426). Aujourd'hui, il est régulièrement rappelé par la Haute Juridiction que la reconnaissance d'une UES peut être demandée à tout moment par les parties intéressées (Cass. soc. 18 oct. 1995, n° 94-60.479).

⁶⁷⁵ F. DUQUESNE, comm. ss Cass. soc. 2 juin 2004, JCP G, 2004, 10130

⁶⁷⁶ Il est vrai que le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire, de même que les décrets antérieurs, n'attribuent pas, explicitement, de compétence au

Un arrêt du 2 juin 2004⁶⁷⁷ a jeté le trouble sur la question d'une possible existence abstraite de l'UES. Alors que la demande de reconnaissance de l'UES était formulée sans précision sur l'usage qui devait être fait de la décision portant sur l'existence de l'UES, la chambre sociale est venue préciser que *« si la reconnaissance de l'existence de l'unité économique et sociale peut être liée à l'action tendant à la mise en place de la représentation institutionnelle dans l'entreprise, les parties intéressées peuvent également agir directement en reconnaissance de l'unité économique et sociale avant la mise en place des institutions représentatives »*. Pour le Professeur Jean Savatier⁶⁷⁸, *« la formule n'est pas très heureuse »*, car la Cour de cassation ne répond pas véritablement à la question de *« savoir si la demande pouvait porter sur l'existence abstraite d'une UES »*. La Cour de cassation admet simplement que l'action soit ouverte *« alors que le processus électoral n'a pas été déclenché ou que les formalités de la désignation n'ont pas été engagées »*⁶⁷⁹. Cette solution permet une adaptation rapide des *« mécanismes de représentation du personnel aux évolutions que connaît la structure de l'entreprise »*⁶⁸⁰. Mais, alors que la doctrine laissait entendre, dans un premier temps, que la Cour de cassation admettait dans cet arrêt l'existence abstraite de l'UES⁶⁸¹, il est apparu, dans un second temps, que la Cour de cassation ne s'était pas prononcée effectivement en ce sens. En admettant l'action directe en reconnaissance de l'unité *« avant »* la mise en place de la représentation du personnel, la Cour de cassation maintenait le lien entre la reconnaissance de l'UES et les élections professionnelles. Reconnue hors contentieux électoral, l'UES entraînait toutefois l'organisation des élections des représentants du personnel⁶⁸².

tribunal d'instance en matière de reconnaissance d'UES. Face à un tel silence des textes, les juges du fond ont tenté de faire valoir l'incompétence du tribunal d'instance. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1988, la Haute Juridiction précise que *« la cour d'appel a énoncé que cette demande [tendant à constater l'existence d'une unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun] ne concernait pas une contestation relative à l'électorat ou à la régularité des opérations électorales »*. Pour la cour d'appel, cette demande relevait *« à charge d'appel de la compétence du tribunal de grande instance »*. La Cour de cassation casse cet arrêt en précisant que la reconnaissance d'une UES *« ressortit au contentieux des élections professionnelles »* (Cass. soc. 28 avr. 1988, n° 87-10.825, Bull. civ. V, n° 259). Une telle reconnaissance peut ainsi constituer un préalable à la connaissance des salariés électeurs et des salariés éligibles. Il peut, dès lors, y avoir une contestation portant sur le nombre d'électeurs, le chiffre variant selon le périmètre de l'élection envisagée par chacune des parties, l'UES comportant plus de salariés que n'importe laquelle de ses sociétés membres. La question de l'existence d'une UES peut dès lors être considérée comme une demande incidente du contentieux électoral qui entre, de ce fait, dans la compétence d'attribution du tribunal d'instance.

⁶⁷⁷ Cass. soc. 2 juin 2004, Dr. soc. 2004, p. 913

⁶⁷⁸ J. SAVATIER, comm. Cass. soc. 2 juin 2004, Dr. soc. 2004, p. 913

⁶⁷⁹ F. DUQUESNE, obs. ss Cass. soc. 2 juin 2004, JCP G 2004, p. 1491

⁶⁸⁰ F. DUQUESNE, obs. préc.

⁶⁸¹ *« Le constat de l'unité est une fin en soi et constitue l'objet même de l'action judiciaire indépendamment de l'utilisation qu'il est projeté d'en faire »*, F. DUQUESNE, ss obs. préc.

⁶⁸² La Cour de cassation décide que *« la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées et que les mandats en cours*

245. Demande en dehors du contentieux électoral – Dans un arrêt retentissant du 31 janvier 2012⁶⁸³, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en décidant de la généralisation de l'ouverture de l'appel pour le contentieux de l'UES. Mais, cet arrêt donne également des précisions s'agissant de la nature de la demande de reconnaissance. La Haute juridiction explique, dans des termes dépourvus d'ambiguïté, que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, « *la demande de reconnaissance ne peut plus désormais être formulée à l'occasion d'un contentieux en matière d'élection professionnelle ou de désignation de représentants syndicaux pour lesquels le tribunal d'instance a compétence en dernier ressort* ».

La Cour de cassation confirme, dans cet arrêt, la compétence du tribunal d'instance en visant expressément cette juridiction⁶⁸⁴. Mais, dans le même temps, elle admet que la demande de reconnaissance d'une UES ne se fait plus, depuis la loi du 20 août 2008, dans le cadre d'un contentieux électoral. Elle ne tend plus à annuler des élections, comme cela pouvait être le cas auparavant⁶⁸⁵. L'action en reconnaissance d'une UES vise uniquement à obtenir la reconnaissance de l'UES revendiquée. Le juge n'agit plus dans le cadre de « *contestations relatives à l'électorat, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux* »⁶⁸⁶, ce qui justifiait alors la compétence du tribunal d'instance. Aujourd'hui, c'est un pas de plus qui est ici franchi par la Haute juridiction vers la reconnaissance abstraite de l'UES. La compétence du tribunal d'instance semble dès lors pouvoir être remise en cause au regard de l'état de la jurisprudence.

cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale quelle que soit l'échéance de leur terme » (Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142, JSL 2004, n° 148-4). Cette reconnaissance par le juge « *modifie nécessairement la configuration des institutions existantes* » (Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.412, JSL, 2004, n° 153-3).

⁶⁸³ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, D. 2012, 443

⁶⁸⁴ Dans son communiqué relatif à cet arrêt, la Cour de cassation confirme la compétence du tribunal d'instance. Elle dispose que « *selon l'avis de la Cour de cassation en date du 19 mars 2007, les actions en reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) entre deux ou plusieurs sociétés, qu'elles aient pour objet ou pour conséquence la mise en place d'institutions représentatives spécifiques, sont de la compétence du tribunal d'instance. Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que les jugements du tribunal d'instance statuant sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale sont toujours susceptibles d'appel* » (Communiqué relatif à l'arrêt n° 338 du 31 janv. 2012 (11-20.232/11-20.233) de la Chambre sociale)

⁶⁸⁵ À titre d'exemple, Cass. soc. 21 janv. 1997, n° 95-60.992, Bull. civ. V, n° 29 ; Dr. soc. 1997, 347, note J. SAVATIER ; RJS 1997, n° 300 (1^{re} esp.) ; Dr. ouvrier 1997, 170, note M. COHEN (2^e esp.)

⁶⁸⁶ C. trav. art. L.2324-23

2 -la compétence en suspens du tribunal de grande instance

246. La remise en cause de la compétence du tribunal d'instance – Les auteurs n'ont pas un avis unanime sur la question de la juridiction compétente en matière de reconnaissance d'une UES. D'aucuns estiment que la compétence du tribunal d'instance se justifie pleinement. Plusieurs arguments en faveur du juge d'instance sont ainsi avancés. C'est ainsi que « *la procédure est rapide et peu onéreuse* »⁶⁸⁷, alors qu'il n'en est rien s'agissant du tribunal de grande instance. Les auteurs évoquent à cet égard « *la plus grande longueur de la procédure devant le TGI* »⁶⁸⁸. De plus, « *le tribunal d'instance est familier du contentieux de l'UES* »⁶⁸⁹, et, surtout, « *l'UES reconnue va servir de cadre à la mise en place des instances représentatives du personnel dont le contentieux relève du tribunal d'instance* »⁶⁹⁰. Par ce dernier argument, les auteurs entendaient justifier la compétence du tribunal d'instance eu égard au lien indiscutable qu'il y avait alors entre le contentieux électoral et la reconnaissance d'une UES. Or, cet argument aujourd'hui ne peut plus être mis en exergue. Par l'arrêt du 31 janvier 2012⁶⁹¹, « *l'action en reconnaissance de l'UES a désormais un caractère principal et la question de la compétence du tribunal d'instance se pose* »⁶⁹². Il n'y a plus de demande en reconnaissance à l'occasion d'un contentieux électoral. Au regard de cette nouvelle jurisprudence, il est nécessaire de s'interroger sur la nécessité qu'il y a de désigner le tribunal d'instance compétent en matière de reconnaissance d'une UES.

247. La compétence du tribunal de grande instance – Une partie de la doctrine émettait, bien avant cet arrêt du 31 janvier 2012, des critiques à propos de la compétence d'attribution retenue par la Cour de cassation. Certains auteurs ont ainsi mis en avant la compétence justifiable du tribunal de grande instance tant sur le plan pratique que juridique. Le juge civil de droit commun tient « *une place centrale* »⁶⁹³ dans le traitement du contentieux du travail. À l'exception des élections professionnelles, « *il est celui auquel revient la connaissance des litiges liés aux rapports collectifs de travail* »⁶⁹⁴. Il devrait alors

⁶⁸⁷ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 3737

⁶⁸⁸ J.-E. TOURREIL, « Toutes les actions en reconnaissance ou en modification d'une UES relèvent du tribunal d'instance », Cass. avis, 19 mars 2007, JSL 2007, n° 211

⁶⁸⁹ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, préc., n° 3737

⁶⁹⁰ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, préc.

⁶⁹¹ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, préc.

⁶⁹² *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, préc.

⁶⁹³ A. CÈURET, « Le juge compétent pour connaître de l'UES », *Semaine sociale Lamy*, n° 1303, p. 7

⁶⁹⁴ A. CÈURET, op.cit. Le tribunal de grande instance a une compétence d'ordre général, à l'inverse du tribunal d'instance qui est une juridiction d'exception. « *Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires*

pouvoir « *apprécier quelles sont les conditions optimales d'implantation desdites institutions* »⁶⁹⁵.

Jusqu'à l'arrêt du 31 janvier 2012, réserver au tribunal de grande instance les litiges autres que ceux relatifs aux élections professionnelles aurait certainement abouti à la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière de contentieux électoral et à la compétence parallèle du tribunal de grande instance pour tous les autres litiges relatifs à l'UES⁶⁹⁶. Ce risque justifiait alors la volonté affichée de la Cour de cassation de ne désigner qu'une seule juridiction compétente en matière d'UES. Jugeant pourtant cette décision insatisfaisante, la doctrine⁶⁹⁷ s'en remettait au législateur pour modifier la législation en la matière⁶⁹⁸.

Aujourd'hui, la saisine du juge se fait nécessairement en dehors du contentieux électoral⁶⁹⁹. Le tribunal de grande instance est appelé à être la juridiction compétente en matière d'unité économique et sociale. À l'inverse du tribunal d'instance, ce n'est pas un juge unique qui déciderait de la reconnaissance ou non de l'UES⁷⁰⁰ et, surtout, la notion d'unité économique et sociale ne se limite plus aujourd'hui aux institutions représentatives du

civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction » (C. org. jud., art. L. 211-3). Il se retrouve ainsi chargé des questions relatives à la grève, à la négociation collective, au régime des accords et au contenu des attributions accordées aux institutions représentatives du personnel.

⁶⁹⁵ A. CŒURET, op.cit.

⁶⁹⁶ « *C'est donc dans le souci d'éviter le morcellement des compétences, avec des décisions se contredisant selon que l'on est en présence d'un litige électoral ou d'un litige portant sur un autre problème, que la Cour de cassation attribue une pleine compétence au tribunal d'instance pour toute question concernant le périmètre de l'UES.* », G. BLANC-JOUVAN, « Reconnaissance d'une UES ou modification de son périmètre : compétence du tribunal d'instance », JCP S. 2007, 1458

⁶⁹⁷ Ph. WAQUET, « Le contentieux électoral et la procédure d'avis devant la Cour de cassation », Rev. dr. trav. 2007, p. 540 ; T. GRUMBACH, « La compétence du tribunal d'instance en matière d'UES, au cœur d'un conflit de logiques », Rev. dr. trav. 2007, p. 743

⁶⁹⁸ Le besoin de « *simplification* » s'impose d'autant plus que la compétence du tribunal d'instance n'est pas exclusive. Elle se concilie avec celle des autres juridictions. Le tribunal d'instance est incompétent s'agissant des questions relatives aux établissements distincts. La Cour de cassation rappelle régulièrement que « *la détermination du nombre d'établissements distincts* » d'une unité économique et sociale relève « *de la compétence du directeur départemental du travail* », dès lors qu'il n'y a pas eu « *d'accord à cet égard entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales* » (Cass. soc. 30 mars 1978, Bull. civ. V, n° 247). Le tribunal d'instance, compétent *ratione loci* (le tribunal d'instance territorialement compétent est celui de l'un des sièges sociaux des sociétés comprises dans l'UES, et non celui « *du lieu d'un de leurs établissements* », Cass. soc. 30 mars 1978, Bull. civ. V, n° 247) et *ratione materiae*, est tenu de dire s'il y a bel et bien une unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiques. Si cette unité se vérifie, à l'instar de toute entreprise en droit du travail, il peut y avoir « *dans un stade ultérieur* » (Cass. soc. 10 mai 1983, n° 82-60.274, Bull. civ. V, n° 255) des établissements distincts au sein de cette unité.

⁶⁹⁹ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, préc.

⁷⁰⁰ « *Le tribunal de grande instance statue en formation collégiale, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger.* » (C. org. jud., art. L. 212-1). De plus, les juges d'instance « *sont en général de jeunes juges sortant de l'Ecole de la magistrature* ». Il en résulte que « *c'est pour eux une rude tâche de connaître d'un contentieux aussi subtil* » (Ph. WAQUET, art. préc.).

personnel. Ce changement de juridiction compétente en matière de reconnaissance de l'UES aurait l'avantage de permettre à l'UES d'être considérée comme une entreprise en droit du travail, au-delà du simple contentieux électoral. La compétence du tribunal d'instance n'est certes pas un obstacle à l'UES-entreprise, comme le témoigne l'élargissement des compétences de l'UES au fil des ans⁷⁰¹, mais lie nécessairement l'UES à la matière électorale. Jusqu'à l'arrêt du 31 janvier 2012, l'UES était l'accessoire du contentieux électoral. Elle était alors perçue avant tout comme une entreprise en droit électoral. Aujourd'hui, la notion d'UES se situe dans un tournant fondamental de son existence. L'action en reconnaissance de l'UES n'est plus l'accessoire de l'action électorale. En décidant que le tribunal de grande instance est compétent en matière de reconnaissance judiciaire, la Cour de cassation permettrait à l'UES de faire un pas supplémentaire vers l'assimilation de la notion avec l'entreprise en droit du travail.

Au-delà de cette question de la juridiction compétente en matière de reconnaissance d'une UES, il y a lieu de préciser, au regard du droit positif, les règles relatives à l'action contentieuse.

§ 2 – L'ACTION CONTENTIEUSE

248. Le respect de règles – L'action en reconnaissance d'une UES doit être respectueuse de certaines règles pour qu'elle puisse aboutir. La Cour de cassation a précisé, dans une large mesure, les personnes qui peuvent être engagées dans une instance devant le tribunal d'instance (**A**). Elle a également fixé le déroulement de la procédure avant que le jugement ne soit rendu (**B**).

⁷⁰¹ V. *supra*, n° 329 et s.

A – LES PARTIES AU PROCÈS

249. Les protagonistes – Les parties au procès se composent de « *deux groupes d'acteurs* »⁷⁰². Il y a, d'une part, l'auteur de la demande qui constitue le demandeur à l'action (1), et, d'autre part, « *les parties intéressées* »⁷⁰³ (2), qui ne sont pas défendeurs à proprement parler puisque la prétention n'est pas formulée à leur encontre. Ces parties, appelées à l'instance par le juge, viennent préciser et clarifier les choses afin que le juge puisse prendre la décision la plus proche possible de la réalité économique et sociale.

1 – les demandeurs

250. Les organisations syndicales – Les personnes intéressées ayant qualité pour agir en reconnaissance judiciaire de l'UES sont aujourd'hui susceptibles d'être relativement nombreuses. Il n'en a pas été toujours le cas. Ou, plus exactement, dans les premiers temps, la demande en reconnaissance de l'UES était essentiellement formulée par les organisations syndicales⁷⁰⁴. L'objectif était alors de pouvoir bénéficier de la législation relative aux institutions représentatives du personnel en regroupant plusieurs personnes juridiques afin d'atteindre les seuils requis par la loi⁷⁰⁵. Les contestations auprès du juge d'instance étaient l'œuvre de l'employeur, lequel estimait que les critères de l'UES n'étaient pas satisfaits en l'espèce⁷⁰⁶, ou d'une organisation syndicale, laquelle pouvait, à titre d'exemple, contester le périmètre retenu par les autres organisations syndicales⁷⁰⁷. Les employeurs ne semblaient pas enclins à faire appel à la notion d'UES pour organiser les relations collectives de travail. Cet outil semblait être l'œuvre des organisations syndicales.

⁷⁰² P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 27

⁷⁰³ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit.

⁷⁰⁴ « *Les actions en reconnaissance d'UES étaient alors toutes initiées par les représentants des salariés* », T. GRUMBACH, art. préc.

⁷⁰⁵ V. *infra*, n° 35 et s.

⁷⁰⁶ À titre d'exemple, Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299

⁷⁰⁷ Pour une illustration, Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255. Il est également possible que les organisations syndicales ayant refusé de signer l'accord soit attirées par les autres parties à l'accord afin que la reconnaissance de l'UES permette à l'UES d'exister (Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, Bull. civ. V, n° 150).

251. Différents demandeurs possibles – Aujourd’hui, les choses ont évolué sur ce point⁷⁰⁸. En pratique, l’employeur paraît vouloir utiliser la notion d’UES comme outil de gestion des relations collectives de travail. Il porte un intérêt à cette notion comme technique de management⁷⁰⁹. L’UES lui permet de mettre en œuvre de façon appropriée certaines questions du droit du travail sans remettre en cause l’existence des personnes juridiques qui composent l’UES, ces différents écrans juridiques pouvant se justifier au regard de certains critères d’ordre technique et juridique. Le risque de voir cette séparation de membres d’un même corps venir alourdir la mise en œuvre du droit du travail est écarté par la reconnaissance de l’UES. Pour les salariés et les représentants du personnel, l’UES devient un outil de référence. Le salarié est rattaché à son propre employeur, tout en faisant partie d’un ensemble plus large que la personne de son employeur. Cet ensemble lui permet de faire valoir certains droits auprès de son employeur. Cet ensemble, constitué sous la dénomination d’UES, revêt alors les caractéristiques de l’entreprise. L’UES-entreprise existe, tout en s’effaçant au profit des sociétés qui la composent ou au profit des établissements distincts qui la composent. Elle est présente comme garante de certains droits visés par le droit du travail. Pour autant, il faut nécessairement une initiative à l’origine de la reconnaissance de l’UES. Une « UES de fait » n’existe pas aujourd’hui, les reconnaissances judiciaire et conventionnelle exigeant des démarches volontaires pour faire exister cette UES.

En matière de reconnaissance judiciaire, plusieurs personnes ont qualité pour agir en reconnaissance d’une UES : l’employeur⁷¹⁰, les salariés⁷¹¹, les syndicats professionnels⁷¹², le

⁷⁰⁸ T. GRUMBACH, art. préc.

⁷⁰⁹ « *La plasticité des formes d’organisation de l’UES est parfaitement adaptée à la segmentation de l’organisation productive* ». L’UES permet « *de réduire de façon significative le nombre de représentants du personnel, de limiter le nombre de réunions répétitives entre les différents niveaux de décision managériale, de fragiliser en la contournant l’obligation de négocier ‘à temps utile et avec effet utile’ avec la représentation des travailleurs* », T. GRUMBACH, art. préc.

⁷¹⁰ « *Le(s) chef(s) d’entreprise(s) concerné(s) peut(vent) avoir intérêt à agir s’il(s) souhaite(nt) mettre en place un accord d’intéressement ou de participation ou entend(ent) demander la modification du périmètre d’une unité déjà constituée* », P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 28

⁷¹¹ En ce sens, Cass. soc. 22 oct. 1984, n° 83-61.208, Bull. civ. V, n° 394 ; Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.198. L’intérêt à agir d’un salarié agissant à titre personnel se vérifie lorsqu’il s’agit pour le salarié de « *rechercher la création d’une représentation du personnel inexistante ou de générer des droits nouveaux* » (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 28). En revanche, un ancien salarié n’a plus d’intérêt à agir, la Cour de cassation estimant que « *la reconnaissance judiciaire de l’UES ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s’agit d’assurer la représentation* » (Cass. soc. 16 nov. 2010, n° 09-40.555).

⁷¹² Le syndicat peut être représentatif dans l’une des sociétés intégrant l’UES. La Cour de cassation décide en effet que « *tout syndicat représentatif dans l’entreprise peut agir aux fins de constatation de l’UES formée par cette entreprise et toute autre* » (Cass. soc. 4 juin 2003, n° 02-60.491). Le syndicat n’a pas à prouver sa représentativité dans chacune des sociétés de l’UES. Avant la loi du 20 août 2008, la question ne se posait pas

comité d'entreprise⁷¹³ et les délégués syndicaux⁷¹⁴ peuvent faire une telle demande. Bien que la jurisprudence ne l'ait pas clairement décidée, une telle solution devrait valoir pour les délégués du personnel⁷¹⁵. La présence de plusieurs demandeurs potentiels illustre l'importance que revêt aujourd'hui l'unité économique et sociale pour l'organisation du droit du travail.

Une fois l'action en reconnaissance engagée, le juge se doit d'inviter l'ensemble des parties intéressées à l'instance avant de rendre son jugement.

2 – Les parties intéressées

252. Toutes les personnes morales – L'article R. 2314-29 du Code du travail expose les règles auxquelles est tenu le tribunal d'instance dans le cadre du contentieux électoral : *« le tribunal d'instance statue dans les dix jours de sa saisine sans frais ni forme de procédure et sur avertissement qu'il donne trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées »*. La Cour de cassation a étendu ces règles à l'instance en reconnaissance d'une UES.

Il en résulte que toutes les sociétés qui sont appelées à intégrer une UES doivent être convoquées à l'audience. La Cour de cassation a énoncé cette règle à plusieurs reprises⁷¹⁶.

lorsque l'organisation syndicale était représentative sur le plan national. Cette seule qualité suffisait à permettre à cette organisation d'avoir *« intérêt à agir en reconnaissance d'une unité économique et sociale »* (Cass. soc. 26 nov. 2003, n° 02-60.732). Aujourd'hui, le syndicat n'est pas nécessairement représentatif lorsqu'il opère cette demande. *« N'importe quel syndicat légalement constitué »* peut faire une demande de reconnaissance d'UES pour acquérir cette représentativité (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 29).

⁷¹³ Après avoir hésité sur la qualité pour agir du comité d'entreprise (un premier arrêt du 27 juin 1990 ayant admis la demande du comité d'entreprise en reconnaissance d'UES uniquement en vue de la constitution d'un comité d'entreprise commun — Cass. soc. 27 juin 1990, n° 89-60.003, Bull. civ. V, n° 324 — et un second arrêt du 29 octobre 1996 ayant jugé que *« les comités d'entreprises juridiquement distinctes entre lesquelles est poursuivie la reconnaissance d'une unité économique et sociale ne sont pas parties intéressées, au sens de l'article R. 433-4 du Code du travail, à une action tendant à la mise en place d'un comité d'entreprise commun »* — Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 95-60.931 —), un arrêt du 29 janvier 2003 ouvre l'action en déclaration d'UES au comité d'entreprise disposant que *« le comité d'entreprise d'une société, qui a, en particulier, pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives et à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, a qualité pour demander en justice, la reconnaissance d'une unité économique et sociale permettant la mise en place d'un comité d'entreprise commun à cette société et à d'autres »* (Cass. soc. 29 janv. 2003, n°s 01-60.848 01-60.849, Bull. civ. V n° 33).

⁷¹⁴ En ce sens, Cass. soc. 3 mai 2007, n° 06-60.117

⁷¹⁵ B. BOUBLI, « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux, Etat des lieux et souhaits de réforme », Semaine sociale Lamy, n° 1157, p. 6

⁷¹⁶ Cass. soc. 17 déc. 1976, n° 76-60.142 et 76-60.143, Bull. civ. V, n° 699 ; Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.280

L'arrêt du 13 mai 1985⁷¹⁷ est particulièrement explicite sur ce point. La Haute juridiction dispose qu'« *une unité économique et sociale ne saurait être reconnue entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes sans que toutes les sociétés dont l'autonomie est en discussion ne soient appelées en la cause* ». Pareillement, dans un arrêt du 17 septembre 2003⁷¹⁸, la Cour de cassation casse le jugement du tribunal d'instance au motif « *qu'il ne résultait pas de ses constatations que toutes les sociétés concernées, parties nécessairement intéressées à l'instance tendant à la reconnaissance entre elles d'une unité économique et sociale avait été régulièrement convoquées* ». Le jugement rendu est ainsi annulé à la requête des parties non averties.

Outre les sociétés, « *sont nécessairement intéressées les organisations syndicales représentées dans l'entreprise* »⁷¹⁹ eu égard à leur participation dans l'organisation des élections des représentants du personnel⁷²⁰.

253. Les exclusions – En revanche, la Cour de cassation ne paraît pas vouloir inclure les comités d'entreprise parmi les parties intéressées. Elle dispose sur ce point que « *les comités d'entreprise des entreprises juridiquement distinctes entre lesquelles est poursuivie la reconnaissance d'une unité économique et sociale ne sont pas parties intéressées, au sens de l'article R. 433-4 du Code du travail, à une action tendant à la mise en place d'un comité d'entreprise commun* »⁷²¹. Le comité d'entreprise détient des informations économiques et sociales qui pourraient se révéler pertinentes et utiles pour le juge d'instance. Et, pourtant, la Cour de cassation ne semble pas l'admettre comme parties à convoquer à l'audience. Seules les organisations syndicales sont amenées à participer au redécoupage électoral qui aura lieu suite à la reconnaissance de l'UES. Les comités d'entreprise ne peuvent pas décider de leur survivance.

De même que les comités d'entreprise, tous les salariés ne peuvent être convoqués à l'audience. La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur cette question spécifique. Mais, l'exclusion des salariés de l'audience apparaît somme toute judicieuse parce qu'« *ils*

⁷¹⁷ Cass. soc. 13 mai 1985, n° 84-60.641, Bull. civ. V, n° 289

⁷¹⁸ Cass. soc. 17 sept. 2003, n° 02-60.320

⁷¹⁹ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *op. cit.*, p. 29

⁷²⁰ C. trav. art. L. 2314-3

⁷²¹ Cass. soc. 15 nov. 1988, n° 87-60.145 et 87-60.152, Bull. civ. V, n° 596

sont en fait indirectement intéressés »⁷²². Seules les personnes ayant un intérêt à agir ou à être entendues sont amenées à participer au procès. Il faut alors respecter certaines conditions pour que la procédure engagée devant le tribunal d'instance aboutisse à la reconnaissance judiciaire d'une UES.

B – LA PROCÉDURE

254. La saisine du juge du tribunal d'instance – Le demandeur saisit le juge d'instance par voie de déclaration au greffe. Dans cette déclaration, plusieurs éléments doivent apparaître, conformément à l'article 58 du Code de procédure civile. Outre les coordonnées personnelles du demandeur et celles « *de la personne contre laquelle la demande est formée* », la requête doit contenir « *l'objet de la demande* ». En matière d'UES, le demandeur est ainsi tenu de préciser qu'il exerce une action en reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiquement distinctes. Le nom et l'identité de ces personnes sont alors communiqués au tribunal.

255. La convocation des parties – Le tribunal agit dans des délais très courts. Selon l'article R. 2314-29 du Code du travail, « *le tribunal d'instance statue dans les dix jours de sa saisine sans frais de procédure et sur avertissement qu'il donne trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées* ». Les parties⁷²³ sont ainsi convoquées par le greffe du tribunal « *trois jours au moins* »⁷²⁴ avant la date de l'audience, laquelle a nécessairement lieu « *dans les dix jours* »⁷²⁵ de la saisine du tribunal. Dans le cadre d'une demande de reconnaissance d'une UES, de tels délais ne paraissent pas forcément appropriés eu égard à la complexité des cas d'espèce soumis au juge d'instance⁷²⁶. Il est demandé au juge de statuer au regard d'un ensemble d'éléments économiques et sociaux donnés par le demandeur au soutien de sa requête. Il faut, en outre, que les parties se soient fait « *connaître mutuellement en temps utile*

⁷²² P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *op.cit.*, p. 30 ; Dans le même sens, *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, n° 3737

⁷²³ Ceci est un point délicat en matière d'UES. Seules les entreprises formant l'UES sont portées à la connaissance du tribunal d'instance. L'identité des autres parties intéressées n'a pas à être donnée au tribunal. Or, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* » (CPC art. 14). Si le greffe du tribunal, chargé de convoquer les parties, ne convoque pas toutes les parties, il faudra alors « *renvoyer l'affaire à une audience ultérieure pour permettre la régularisation de la procédure* » (Cass. soc. 7 juill. 1999, n° 98-60.418).

⁷²⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *op. cit.*, p. 32

⁷²⁵ C. trav. art. R. 2314-29

⁷²⁶ À titre d'exemple, Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142

les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense »⁷²⁷. Les principes directeurs du procès, et notamment le contradictoire, doivent être sans nul doute respectés dans le cadre d'une action en reconnaissance d'une UES.

Ce qui pose problème concerne les délais fixés par l'article R. 2314-29 du Code du travail. Ce sont des délais courts alors qu'il faut laisser le temps au juge d'apprécier la situation pour prendre une décision en toute connaissance de cause. D'autant plus que l'organisation des élections continue à se faire dans le même périmètre qu'auparavant tant que l'UES n'est pas reconnue⁷²⁸. Les salariés ne sont donc pas privés de représentation salariale malgré la saisine du juge d'une demande de reconnaissance d'une UES. Il serait dès lors pertinent de laisser du temps au juge pour rendre son jugement, lequel est revêtu de l'autorité relative de chose jugée.

Section 2 – L'autorité relative attachée à la reconnaissance de l'UES

256. Jugement du tribunal d'instance – Après avoir entendu les parties à l'instance le juge d'instance rend son jugement. Ce jugement peut ainsi reconnaître une UES ou, à l'inverse, rejeter cette demande de reconnaissance d'UES (§ 1). Lorsque l'UES est reconnue, le jugement se doit d'être exécuté par les parties tant que l'UES correspond à la réalité économique et sociale (§ 2).

⁷²⁷ C. trav. art. 15

⁷²⁸ Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.282 et 00-60.286, Bull. civ. V, n° 149

§ 1 –LE JUGEMENT

257. Nature du jugement – La Cour de cassation décide, sans ambiguïté de sa part, que le jugement rendu par le tribunal d’instance est un jugement déclaratif (**A**). Il en résulte que ce jugement est revêtu de l’autorité relative de chose jugée, ce qui constitue un frein à l’émancipation de la notion d’UES (**B**).

A –LE JUGEMENT DÉCLARATIF

258. Le constat de l’existence d’une UES – Le jugement est déclaratif, puisque le juge d’instance ne fait que révéler une situation de fait qu’il a pu constater au regard de l’examen des faits présentés par les diverses parties (**1**). Pour rendre sa décision, le juge ne se place pas au jour du jugement, mais au jour de la requête introductive d’instance (**2**).

1 – la révélation d’une situation de fait

259. La réalité économique et sociale – La jurisprudence s’est prononcée, à plusieurs reprises, sur la nature du jugement rendu par le juge qui reconnaît une unité économique et sociale. Pour la Cour de cassation, le jugement reconnaissant une UES est « *déclaratif* »⁷²⁹. C’est une révélation d’un état de fait préexistant. Au moment de la saisine du juge, plusieurs personnes juridiques sont déjà regroupées en une seule unité économique et sociale. Le juge vérifie alors simplement qu’il y a bien une unité économique entre les personnes juridiques et une unité sociale entre elles. Le juge ne fait que constater l’existence de l’UES. Contesté par une partie, cet état est validé par le juge. Le juge ne crée donc pas un nouvel état de droit, il n’établit pas une situation juridique nouvelle. En reconnaissant l’UES, il met uniquement en exergue une réalité. Sa décision est présumée contenir la vérité⁷³⁰, ce qui permet d’attacher certains effets de droit à l’UES reconnue.

Le jugement rendu par le juge d’instance n’est donc pas constitutif. Ceci signifie que l’UES n’est pas une création des juges. C’est au regard de la véritable situation rencontrée sur le terrain que le juge prend sa décision. Il ne décide pas de la « *création* » d’une UES. Il ne

⁷²⁹ Cass. soc. 21 janv. 1997, n° 95-60.992, Bull. civ. V, n° 29 ; Cass. soc. 14 mai 1997, n° 96-40.142 ; Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.917 et 97-60.520, Bull. civ. V, n° 409

⁷³⁰ « *res judicata pro veritate habetur* »

crée pas une UES en précisant aux parties ce qu'il va falloir respecter ou faire pour que cette UES soit effective. Il opère une « *reconnaissance* » d'une unité économique et sociale. Autrement dit, il admet comme vrai l'existence d'une UES. Roger de Lestang précise sur ce point que « *l'unité a été admise quand la division juridique ne correspondait pas à la réalité économique et sociale quels que fussent les motifs souvent légitimes de cette division* »⁷³¹. Le juge regarde ainsi « *la réalité économique et sociale* », et, si cette réalité met en exergue une unité économique et une unité sociale, il va au-delà de la division juridique pour reconnaître une UES. De la même manière, à partir du moment où les rapports entre les personnes morales composant l'UES se sont modifiés et que l'UES telle que reconnue par le juge ne correspond plus à la situation de terrain, il y a lieu de procéder à une modification du périmètre de l'UES, voire à une disparition de l'UES⁷³². La décision prise par le juge doit correspondre aux faits et ceci tout au long de la vie de l'UES.

260. Action en reconnaissance – Dans tous les cas, il faut qu'il y ait une reconnaissance, que ce soit de manière conventionnelle ou judiciaire. Si nul n'agit en reconnaissance d'une UES, il n'est pas possible de réclamer la reconnaissance d'une UES *a posteriori*. Une telle reconnaissance ne peut avoir lieu pour réclamer le bénéfice d'une UES « *éventuelle* » suite à un licenciement⁷³³. Dès lors qu'une UES n'a pas été reconnue, parce qu'il n'y a pas eu de saisine du juge, alors même que la réalité des faits aurait vraisemblablement permis de reconnaître une UES, il n'est pas possible de se fonder sur l'existence d'une UES pour solliciter le bénéfice de certains droits individuels et collectifs. Il faut qu'il y ait un acte de reconnaissance, judiciaire la plupart du temps⁷³⁴. La Cour de cassation précise ainsi clairement, dans sa jurisprudence, à quel moment le juge d'instance doit se placer pour rendre sa décision.

⁷³¹ R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, p. 11

⁷³² Cass. soc. 10 janv. 1989, n° 87-60.209, Bull. civ. V, n° 7 ; Cass. soc. 27 juin 1990, n° 88-60.195, 88-60.196, Bull. civ. V, n° 326

⁷³³ Cass. soc. 16 nov. 2010, n° 09-40.555

⁷³⁴ A. CERATI-GAUTHIER, « Quid de la demande d'une salariée en vue de la reconnaissance d'une UES ? », Les Cahiers Lamy du CE, 2004, n° 30

2 – la date retenue de la requête introductive d'instance

261. Date de saisine du juge – De manière générale, un jugement déclaratif « *se borne à reconnaître un état de fait préexistant, de façon rétroactive* »⁷³⁵. S'agissant du jugement reconnaissant une UES, la Cour de cassation précise que ce jugement est « *déclaratif à la date de la requête introductive d'instance* »⁷³⁶. C'est la date de la saisine du juge qui prévaut pour connaître le moment à partir duquel l'UES est reconnue et entraîne divers effets de droit. Il n'y a pas lieu de se placer au jour où le juge statue. Les conséquences de cette jurisprudence sont d'importance.

D'une part, le fait de saisir le juge en vue d'une reconnaissance de l'UES ne suspend pas les opérations électorales. Tant que le juge n'a pas statué sur cette éventuelle reconnaissance de l'UES, chaque employeur est tenu d'organiser les élections professionnelles au niveau de son entreprise. Il en résulte qu'« *en relevant que le chef d'entreprise s'opposait à la tenue des élections pour le renouvellement des institutions représentatives du personnel, en méconnaissance de ses obligations légales, le tribunal d'instance a caractérisé une faute* »⁷³⁷. Le chef d'entreprise engage ainsi sa responsabilité civile⁷³⁸. Mais, la jurisprudence admet une exception à l'organisation des élections professionnelles. Il est possible de proroger les mandats des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel dès lors qu'existe « *un accord signé par l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise* »⁷³⁹. Ceci permet d'assurer une représentation salariale entre le moment de saisine du juge et le jugement rendu. La protection des droits des salariés est alors assurée. Mais, à défaut d'accord unanime d'entreprise, de nouvelles élections professionnelles doivent se dérouler au niveau de chaque personne morale ou établissement distinct.

D'autre part, à partir du moment où le juge reconnaît l'UES, il y a lieu d'organiser des élections afin de mettre en place les institutions propres à l'UES. L'existence de l'UES est établie à partir de la date de la requête introductive d'instance, auquel cas la reconnaissance judiciaire de l'UES entraîne la remise en cause du renouvellement des représentants élus du personnel opéré dans un cadre devenu inapproprié. Il n'y a pas lieu d'attendre la fin des

⁷³⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p. 113

⁷³⁶ Cass. soc. 21 janv. 1997, préc. ; Cass. soc. 14 mai 1997, préc. ; Cass. soc. 7 oct. 1998, préc.

⁷³⁷ Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.282, préc.

⁷³⁸ Il pourrait également engager sa responsabilité pénale pour délit d'entrave.

⁷³⁹ Cass. soc. 27 mai 1999, n° 98-60.327, Bull. civ. V, n° 241

mandats actuellement en cours⁷⁴⁰. Les élections qui ont été organisées par l'employeur postérieurement à la saisine du juge sont annulées, et, par effet de ricochet, les mandats mis en place à ce moment-là sont également annulés. Ces élections et mandats frappés de nullité sont en principe anéantis depuis la date de la requête introductive d'instance. Mais, cette « *rétroactivité est difficile à mettre en œuvre* »⁷⁴¹. Il apparaît délicat d'effacer « *le fait que le comité a délibéré, émis des avis, géré des œuvres sociales, pendant toute la période comprise entre son élection et l'annulation de celle-ci* »⁷⁴². Bien que la jurisprudence ne semble pas s'être positionnée sur les conséquences attachées à cette nullité des élections, la sécurité juridique nécessaire en la matière exige de ne pas frapper ces élections de nullité avec rétroactivité.

En revanche, l'UES apparaît précaire au niveau de l'autorité attachée à sa reconnaissance. C'est une autorité relative qui l'empêche de s'émanciper et de coïncider avec l'entreprise en droit du travail.

B – L'AUTORITE RELATIVE DE CHOSE JUGÉE

262. Solution jurisprudentielle – En décidant que le jugement reconnaissant l'UES est déclaratif, la jurisprudence admet implicitement que ce jugement n'est pas revêtu de l'autorité absolue de chose jugée. À l'inverse du jugement déclaratif, le jugement constitutif est quant à lui revêtu de l'autorité absolue de chose jugée. Créant un droit, ce jugement est valable à l'égard de tous, indépendamment des parties initiales. Cela implique donc que toute personne puisse se prévaloir de cette autorité et qu'elle soit opposable à toute personne. Tel n'est pas le cas de l'unité économique et sociale reconnue, laquelle « *n'existe donc qu'entre les parties à l'instance en reconnaissance* »⁷⁴³.

⁷⁴⁰ « *Attendu que le tribunal d'instance, après avoir constaté l'existence de l'unité économique et sociale "Générale des eaux", a dit que les élections dans le cadre de cette unité économique et sociale auront lieu, pour le renouvellement des mandats actuellement en cours, à l'échéance de leur terme ; Attendu, cependant, que la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées et que les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale quelle que soit l'échéance de leur terme* », Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142

⁷⁴¹ J. SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale (à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997) », Dr. soc. 1997, p. 347

⁷⁴² J. SAVATIER, art. préc.

⁷⁴³ B. BOUBLI, « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux. Etat des lieux et souhaits de réforme (II) », Semaine sociale Lamy, n° 1157, p. 6

Revêtu de l'autorité relative de chose jugée, le jugement qui constate l'UES est opposable suivant les conditions fixées à l'article 1351 du Code civil⁷⁴⁴. Une triple identité de parties, de cause et d'objet est attachée à l'autorité relative. Cela signifie que la reconnaissance judiciaire de l'UES ne vaut qu'à l'égard des parties à l'instance. L'UES n'a donc pas d'existence pour les tiers, lesquels ne sont pas tenus de la connaître et de s'y soumettre. De plus, toutes les parties à l'instance doivent être convoquées en cas de litige ultérieur. La modification, par voie de rétrécissement ou d'élargissement, de l'UES oblige la convocation par le juge des mêmes parties qu'à l'instance de reconnaissance⁷⁴⁵.

263. Inconvénients de cette jurisprudence – En outre, le litige qui a pour objet la reconnaissance de l'UES comme cadre à l'institution représentative du personnel est circonscrit par cet objet. Un arrêt du 13 juillet 1993⁷⁴⁶ illustre les limites de l'autorité relative de chose jugée en matière d'UES. Par jugement en date du 13 janvier 1989, le tribunal d'instance de Paris avait constaté « *l'appartenance de la société Navfco au groupe Cogepa dans le cadre d'une unité économique et sociale* ». En novembre et décembre de cette même année, sept salariés s'étaient vus faire l'objet d'un licenciement collectif par la société Navfco. Les salariés reprochaient à la cour d'appel de Paris de n'avoir pas apprécié la situation économique de la société en prenant en compte le jugement du tribunal d'instance. La cour d'appel aurait « *ainsi méconnu l'autorité de la chose jugée* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi et décide que « *la décision invoquée ne tranchant que de la question relative aux institutions représentatives du personnel, ne présente aucune identité des parties, d'objet et de cause avec le litige d'ordre prud'homal dont était saisie la cour d'appel, qui en statuant sur la demande dont elle était saisie par les salariés, n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée* ». Le tribunal d'instance n'a statué sur la question de la reconnaissance d'UES qu'au regard des instances représentatives du personnel. Il s'agissait uniquement de mettre en place ces instances dans le cadre d'une UES. L'UES n'avait donc pas vocation à devenir un cadre approprié pour l'exercice d'autres droits. Le Conseiller Bernard Boubli résume en quelques mots la signification de cette jurisprudence : « *l'UES reconnue dans le cadre du contentieux électoral n'existe que pour cet objet* »⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* », C. civ. art. 1351,

⁷⁴⁵ Cass. soc. 12 mars 2003, n° 01-60.812

⁷⁴⁶ Cass. soc. 13 juill. 1993, n° 91-44. 518, JCP E. 1994, p. 82, note P. COURSIER.

⁷⁴⁷ B. BOUBLI, art. préc.

Cette solution ne posait pas de problème lorsque l'UES constituait un cadre uniquement pour les institutions représentatives du personnel. Il n'y avait pas lieu d'utiliser la notion d'UES à d'autres escients. Il n'y avait dès lors pas de conflit entre l'UES reconnue et l'autorité relative de chose jugée. Cette adéquation n'est plus de mise avec l'émancipation de la notion d'UES, laquelle peut avoir divers objets. Ne servant pas uniquement à mettre en place les instances du personnel, l'UES reconnue judiciairement dans le cadre d'un contentieux électoral, devrait pouvoir être considérée comme cadre approprié pour les autres relations collectives de travail s'y référant. La position de la Cour de cassation sur la nature du jugement reconnaissant l'UES constitue « *le véritable obstacle technique à l'émancipation de l'UES* »⁷⁴⁸.

Vouloir faire de l'UES l'entreprise en droit du travail oblige à s'affranchir du jugement déclaratif et de l'autorité relative de chose jugée. Revêtu de l'autorité absolue de chose jugée, le jugement reconnaissant l'UES permettrait de ne pas cantonner l'UES à ce pourquoi elle a été reconnue. Elle deviendrait une forme d'entreprise en droit du travail, en conséquence de quoi, sa reconnaissance judiciaire entraînerait à la fois la mise en place des institutions représentatives du personnel appropriées et la possibilité d'invoquer la notion d'UES pour bénéficier de l'ensemble des règles applicables à l'UES.

En l'état actuel du droit, le jugement déclaratif est revêtu de l'autorité relative de chose jugée et doit être exécuté par les parties. L'UES est reconnue, ce qui entraîne diverses conséquences. Mais, elle ne va pas nécessairement fonctionner durant une période illimitée.

§ 2 – L'EXÉCUTION DU JUGEMENT

264. La remise en cause du jugement – Une fois le jugement rendu, s'ouvre le temps des recours. La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur cette question des recours qui peuvent être formés après la reconnaissance d'une UES en première instance. La Haute juridiction a opéré un revirement de jurisprudence en la matière, allant dans le sens d'une rupture entre la notion d'UES et le contentieux électoral (A).

⁷⁴⁸ B. BOUBLI, art. préc.

Suite au jugement, l'UES commence à fonctionner. Pour autant, elle est susceptible d'évoluer dans le temps. Sa composition et son existence même ne sont pas immuables. Les changements intervenants au niveau des personnes morales incluses dans l'UES auront nécessairement une incidence sur l'UES elle-même (B).

A – LES RECOURS

265. L'évolution jurisprudentielle – La Cour de cassation a modifié en profondeur sa jurisprudence à propos des recours possibles après le jugement rendu par le tribunal d'instance. Dans sa jurisprudence antérieure, en fonction de l'objet de la requête introduite auprès du juge, le jugement rendu était susceptible d'appel ou pas. Certains jugements étaient donc rendus en dernier ressort et d'autres étaient rendus à charge d'appel (1). Depuis un arrêt récent, tous les jugements reconnaissant une UES sont susceptibles d'appel. La Cour de cassation simplifie sa jurisprudence et se conforme à la loi du 20 août 2008 (2).

1 – La jurisprudence antérieure

266. Jugement en dernier ressort ou à charge d'appel – Jusqu'à l'arrêt du 31 janvier 2012⁷⁴⁹, la Cour de cassation, suivant le principe d'interprétation stricte de la compétence des juridictions d'exception⁷⁵⁰, opérait une distinction selon la matière traitée par le tribunal d'instance. Si la demande était faite dans le cadre d'un litige électoral, le tribunal d'instance statuait en dernier ressort. Il en était ainsi lorsque les parties demandaient la mise en place d'un comité d'entreprise⁷⁵¹, des délégués du personnel⁷⁵² et d'un délégué syndical⁷⁵³. Cette solution se justifiait au regard des dispositions de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire. Le paragraphe 2 de la sous-section 1 qui porte sur « *la compétence civile du tribunal d'instance* » est intitulé « *compétence en dernier ressort* ». Il vise notamment les contestations portant sur les élections professionnelles⁷⁵⁴, ce qui permet de rattacher la reconnaissance de l'UES dans le cadre d'un litige électoral à la compétence du tribunal d'instance en dernier ressort.

⁷⁴⁹ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, D. 2012, 443

⁷⁵⁰ Cass. soc. 13 nov. 2001, n° 99-60.556

⁷⁵¹ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521

⁷⁵² Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.526 ; Cass. soc. 10 mars 2010, n° 09-60.625

⁷⁵³ Cass. soc. 3 mai 2007, n° 06-60.042, n° 06-60.105, n° 06-60.117

⁷⁵⁴ COJ, art. R. 221-27 et R. 221-28

En revanche, dès lors que la demande était formulée en dehors de tout litige électoral, le tribunal statuait en premier ressort à charge d'appel. Dans deux arrêts rendus le 12 septembre 2007, la Cour de cassation décidait qu'il ne résultait d'aucun texte que « *la décision judiciaire qui statue sur l'existence d'une UES en dehors de tout litige électoral est rendue en dernier ressort* »⁷⁵⁵. En l'espèce, « *la demande étant indéterminée, le tribunal d'instance se prononce en premier ressort conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile* », lequel dispose que « *le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel.* ». Le double degré de juridiction devait donc s'appliquer, le tribunal d'instance n'ayant pas statué en dernier ressort. Le pourvoi des sociétés demanderesses était donc déclaré irrecevable.

267. Inconvénients de cette jurisprudence – Cette jurisprudence de 2007 ne remettait pas en cause la compétence du tribunal d'instance en matière de reconnaissance de l'UES, mais instaurait une différence de régime selon que la demande était déterminée ou non. Les conséquences pouvaient être foncièrement différentes selon que le jugement était rendu en dernier ressort ou non. Lorsque la demande était de nature électorale, les parties ne pouvaient pas faire appel de la décision du juge. Elles pouvaient simplement former un pourvoi dans les dix jours de la notification de la décision aux différentes parties⁷⁵⁶. Le pourvoi n'étant pas suspensif, le jugement devait être exécuté. Si l'UES avait été reconnue par le juge, l'organisation de nouvelles élections dans le nouveau périmètre social devait se faire⁷⁵⁷.

En revanche, lorsque la demande était indéterminée, la voie de l'appel s'ouvrait pour les parties, ce qui entraînait une suspension du jugement. Il pouvait s'en suivre une sorte de stratégie pour les demandeurs pour éviter l'appel : « *alors suffit-il de prétendre au soutien de son argumentation pro-UES pour que l'on demande aussi la mise en place d'un comité d'entreprise ?* »⁷⁵⁸. Dans plusieurs arrêts du 23 septembre 2009⁷⁵⁹, la Cour de cassation note clairement le fait que la demande en reconnaissance était formulée « *pour l'organisation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel* ». Elle en déduit qu'« *en cas de contestation relative à la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour les élections représentatives du personnel, le tribunal statue en dernier ressort et sans*

⁷⁵⁵ Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.275 et n° 06-60.198, Bull. civ. V, n° 129, Rev. dr. trav. 2007, p. 743

⁷⁵⁶ C. trav. art. R. 2314-29, al. 3 pour les délégués du personnel, art. R. 2324-25, al. 3 pour le comité d'entreprise, art. R. 2143-5 pour le délégué syndical.

⁷⁵⁷ Cass. soc. 7 juill. 2004, n° 03-60.144 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142

⁷⁵⁸ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 37

⁷⁵⁹ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.521, n° 08-60.526, n° 09-60.225

frais ». Pour la Cour, l'objet de la demande en reconnaissance devait permettre de savoir si le jugement était ou non rendu en dernier ressort.

La solution rendue dans les arrêts du 12 septembre 2007 par la Cour de cassation se justifiait donc au regard des textes, mais n'était pas pour autant satisfaisante puisqu'elle créait un régime distinct selon la nature de la demande⁷⁶⁰. L'arrêt Dassault met fin à cette jurisprudence et évite des détournements de la loi par les parties.

2 – L'arrêt Dassault

268. Le jugement du tribunal d'instance susceptible d'appel – L'arrêt du 31 janvier 2012⁷⁶¹, confirmé par l'arrêt du 8 février 2012⁷⁶², met fin à cette jurisprudence en décidant « *que la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, qu'elle ait pour objet ou pour conséquence la mise en place d'institutions représentatives correspondantes, est indéterminée et que le jugement est susceptible d'appel conformément à l'article 40 du Code de procédure civile* ». Il n'y a plus de régime distinct selon l'objet de la demande. Tout jugement reconnaissant une UES est susceptible d'appel. La Cour de cassation admet qu'il puisse y avoir une distinction entre les demandes en reconnaissance. Certaines demandes ont clairement pour « *objet* » la mise en place de la représentation institutionnelle, tandis que d'autres ont seulement pour « *conséquence* » une telle mise en place. Cette distinction existait déjà auparavant et elle justifiait la différence de régime opérée par la Cour de cassation. Toute reconnaissance d'une UES entraînait inévitablement la mise en place des institutions représentatives du personnel. Mais, seules les demandes qui avaient pour objet l'organisation de nouvelles élections étaient rendues en dernier ressort. Les autres demandes étaient alors susceptibles d'appel sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure civile.

Aujourd'hui, la Cour de cassation décide que toutes les demandes en reconnaissance d'une UES sont susceptibles d'appel sur le même fondement⁷⁶³. La teneur de l'article 40 du Code de procédure civile n'a pas été modifiée entre les arrêts du 12 septembre 2007⁷⁶⁴ et les arrêts du 31 janvier 2012⁷⁶⁵ et 8 février 2012⁷⁶⁶. En revanche, entre-temps, de nouvelles

⁷⁶⁰ F. CHAMPEAUX, « Quel juge pour l'UES ? », Semaine sociale Lamy n° 1444, p. 8

⁷⁶¹ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233 ; D. 2012, 443 ; Rev. dr. trav. 2012, p. 168 ; JCP S 2012, 1131 ; JCP S 2012, 1268 ; Semaine sociale Lamy, n° 1536, p. 11 Semaine sociale Lamy, n° 1541, p. 6

⁷⁶² Cass. soc. 8 févr. 2012, n° 10-24.269

⁷⁶³ Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 11-25.556

⁷⁶⁴ Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.275 et n° 06-60.198, Bull. civ. V, n° 129, Rev. dr. trav. 2007, p. 743

⁷⁶⁵ Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233 ; préc.

dispositions législatives portant sur la représentation institutionnelle ont été mises en place. La Cour de cassation fonde véritablement son revirement de jurisprudence sur les dispositions de la loi du 20 août 2008. Conformément aux dispositions de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui imposent aux juridictions de motiver les revirements de jurisprudence dans un souci de sécurité juridique⁷⁶⁷, la Cour de cassation explique les raisons de son revirement. Elle précise d'emblée qu'il n'y a pas de disposition spécifique imposant que le jugement reconnaissant une UES soit rendu en dernier ressort⁷⁶⁸. Elle admet ensuite que, jusqu'à lors, *« étaient en dernier ressort les décisions rendues sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale formées à l'occasion d'un litige électoral »*.

La Cour de cassation poursuit en disposant que *« l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 conduit à revenir sur cette jurisprudence dès lors que la demande de reconnaissance ne peut plus désormais être formulée à l'occasion d'un contentieux en matière d'élection professionnelle ou de désignation de représentants syndicaux pour lesquels le tribunal d'instance a compétence en dernier ressort »*. Pour la Cour de cassation, le contentieux électoral relève toujours de la compétence du tribunal d'instance et ce dernier a compétence en la matière en dernier ressort. Ce qui change avec la loi du 20 août 2008 c'est la rupture entre la demande en reconnaissance d'une UES et le contentieux électoral. À l'origine de la demande, il ne peut pas y avoir de contentieux électoral.

269. La demande d'UES hors contentieux électoral – La loi du 20 août 2008 pose de nouvelles conditions pour la détermination du périmètre électoral⁷⁶⁹. Le communiqué relatif à l'arrêt du 31 janvier 2012 précise ainsi que *« la solution nouvelle résulte de l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale qui, en subordonnant toute mise en place d'une institution représentative du personnel à des conditions dépendant de résultats d'élections organisées dans le périmètre de l'UES, exclut nécessairement que l'action en reconnaissance d'une UES naisse d'un litige électoral ou portant sur la désignation d'un représentant syndical »*. Les critères de la représentativité au niveau de l'entreprise ne sont plus les mêmes depuis la loi du 20 août 2008. Parmi ces critères, l'article L. 2122-1 du Code du travail retient celui de l'audience électorale minimale. Pour être représentative, une organisation syndicale doit avoir recueilli *« au moins 10% des*

⁷⁶⁶ Cass. soc. 8 févr. 2012, n° 10-24.269

⁷⁶⁷ CEDH, 14 janv. 2010, *Atanasovski*, Req. n° 36815/03

⁷⁶⁸ *« Il ne résulte ni de l'article L. 2322-4 du Code du travail, ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort »*.

⁷⁶⁹ L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLLOU, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Semaine sociale Lamy*, n° 1541, p. 6-7

suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ». Il en résulte qu'une organisation syndicale, pour être considérée comme étant représentative au niveau de l'UES doit pouvoir déjà satisfaire au critère de l'audience au niveau de l'UES. L'UES doit donc être reconnue bien en amont des élections. « *La reconnaissance d'une UES doit (...) faire l'objet d'une action à elle seule* »⁷⁷⁰. L'action en reconnaissance devient autonome par rapport au contentieux électoral. Elle ne peut plus avoir lieu lors de « *contestations relatives à l'électorat, à l'éligibilité et à la régularité des opérations électorales* »⁷⁷¹, puisque la question de l'existence d'une UES et de sa composition a été posée avant un éventuel litige lié à l'organisation d'élections professionnelles.

L'UES reconnue judiciairement est susceptible d'évoluer dans le temps. La jurisprudence admet que le jugement reconnaissant une UES fasse l'objet d'adaptations ultérieures.

B – L'ÉVOLUTION DE L'UES DANS LE TEMPS

270. Modification voire disparition de l'UES – Efficace à partir de la requête introductive d'instance, la reconnaissance judiciaire permet à l'UES d'être pérenne « *dans sa composition retenue par le jugement qui l'a reconnue* »⁷⁷². Tant que ses éléments constitutifs sont présents entre les entités juridiques qui composent l'UES, l'UES continue à exister. « *Les institutions représentatives sont mises en place en son sein* »⁷⁷³. Le fonctionnement de l'UES se fait alors conformément à la décision qui a reconnu l'UES. Cependant, lors des élections professionnelles, les parties doivent vérifier que l'UES reconnue correspond toujours à la réalité économique et sociale (1). De même, tout changement dans la vie des sociétés composant l'UES doit entraîner une modification, voire une disparition de l'UES (2).

⁷⁷⁰ J. GRANGE, J. CREDOZ-ROSIER, « La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008 », JCP S 2012, 1268

⁷⁷¹ COJ, art. R. 221-27

⁷⁷² B. BOUBLI, « L'unité économique et sociale à l'époque des vœux. Etat des lieux et souhaits de réforme (II) », Semaine sociale Lamy, n° 1157, p. 9

⁷⁷³ Cass. soc. 4 avr. 2001, n° 00-60.039

1 – Le réajustement de l’UES lors des élections professionnelles

271. Renouvellement de la représentation institutionnelle – Lors du renouvellement des institutions représentatives du personnel, la Cour de cassation exige des parties qu’elles réexaminent le périmètre de l’unité économique et sociale. L’UES étant susceptible d’évoluer dans le temps, « *il appartient aux parties de définir lors de chaque scrutin la composition et le périmètre de l’unité économique et sociale* »⁷⁷⁴. Pour la Cour de cassation, dans cet arrêt du 31 mars 2009, le tribunal d’instance n’aurait pas dû débouter le demandeur qui arguait du changement du périmètre de l’UES depuis les dernières élections, « *alors que le périmètre de l’unité économique et sociale dans lequel devaient être organisées les élections au comité d’entreprise n’avait fait l’objet ni d’un protocole d’accord préélectoral unanime ni d’une décision de justice préalablement aux élections* ». Au moment du renouvellement des représentants du personnel, les parties doivent regarder s’il n’y a pas eu de véritable changement au niveau de l’UES depuis les élections précédentes. Les contours de l’UES doivent être examinés. Toutes les parties doivent s’accorder sur le cadre retenu pour les élections.

Il ne s’agit pas nécessairement de vérifier si les éléments constitutifs de l’UES sont bien présents entre les entités juridiques de l’UES. Partant du principe que l’existence d’une UES est admise, les parties doivent se mettre d’accord sur le nombre et la composition des personnes juridiques parties à l’UES. Durant le laps de temps qui sépare les deux élections professionnelles, des réorganisations ou restructurations ont pu intervenir et modifier ainsi le périmètre de l’UES. Il faut alors réajuster ce cadre de mise en place des institutions représentatives élues afin que ces représentants ne puissent « *jouer pleinement leur rôle qu’à l’intérieur d’un espace juridique en adéquation avec les missions qui leur sont reconnues par la loi.* »⁷⁷⁵

Ce réexamen quadriennal⁷⁷⁶ du périmètre de l’UES peut s’avérer, en fin de compte, constituer un nouvel examen des critères de l’UES. Les parties sont en effet tenues de décider si les entités juridiques désignées dans l’accord initial font toujours partie du périmètre de l’UES, et, si des changements sont intervenus, la nouvelle composition de l’UES. Dans cet examen, il peut apparaître aux yeux des parties que ces changements opérés risquent de

⁷⁷⁴ Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009, 1147 ; RJS 2009, n° 559

⁷⁷⁵ J. PELISSIER, T. AUBERT, M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PELISSIER, B. REYNES, « Droit du travail, janvier 2009-avril 2009 », D. 2009, p. 2128

⁷⁷⁶ C. trav. art. L. 2314-2

remettre en cause l'existence même de l'UES. C'est la question de la disparition de l'UES qui se joue alors, au minimum tous les quatre ans à l'occasion du renouvellement des institutions représentatives du personnel. Au final, l'UES constitue un ensemble relativement précaire qui paraît pouvoir être mis à mal sans trop de difficultés⁷⁷⁷.

2 – La modification de la configuration retenue

272. Nouvelle reconnaissance de l'UES – Dès lors qu'une modification intervient⁷⁷⁸, que ce soit au niveau d'une des personnes juridiques⁷⁷⁹ ou au niveau de l'ensemble des personnes juridiques composant l'UES, les parties doivent entamer une nouvelle démarche de « reconnaissance » de l'UES. Les parties peuvent tenter de conclure un accord unanime qui viendra préciser les nouveaux contours de l'UES. Elles peuvent également saisir à nouveau le juge⁷⁸⁰ pour qu'il puisse constater ce changement et décider de la nouvelle configuration⁷⁸¹ de l'UES ou de sa disparition⁷⁸². Une telle « *modification du périmètre de l'unité économique et sociale transforme nécessairement les rapports respectifs entre les personnes juridiques la composant et leurs rapports avec les institutions représentatives du personnel ou syndicales* »⁷⁸³. Il en résulte que l'extension judiciaire suppose que « *toutes les sociétés, ayant désormais vocation à en faire partie, ont été appelées ou entendues au débat.* »⁷⁸⁴ L'UES apparaît dès lors comme un ensemble imbriqué qui existe au regard des pièces qui la composent. Si une nouvelle pièce de ce puzzle est créée ou si une pièce est enlevée de l'édifice, il faut réajuster l'ensemble des pièces pour que l'édifice tienne en équilibre et ne s'écroule pas.

Il ne semble pas, toutefois, qu'il faille, pour chaque réexamen, vérifier que les personnes juridiques qui demeurent dans l'UES constituent toujours entre elles une UES. Le

⁷⁷⁷ Une UES reconnue conventionnellement n'est pas non plus intangible. L'accord collectif unanime qui reconnaît une UES peut être remis en cause par un autre accord, signé dans les mêmes conditions et entre les mêmes parties. La saisine du juge en vue de faire constater les changements intervenus semble également envisageable (Cass. soc. 4 avr. 2001, n° 00-60.039).

⁷⁷⁸ J.-B. COTTIN, « La restructuration de l'unité économique et sociale », JCP S. 2006, 1776

⁷⁷⁹ Le départ de l'une des personnes juridiques composant l'UES peut entraîner la disparition de l'UES.

⁷⁸⁰ « *La délimitation conventionnelle ou judiciaire de cette unité économique et sociale n'interdit pas au juge, s'il constate ultérieurement que des modifications sont intervenues d'en élargir ou d'en restreindre le périmètre* », Cass. soc. 4 avr. 2001, n° 00-60.039

⁷⁸¹ Cass. soc. 12 mars 2003, n° 01-60.812 ;

⁷⁸² Cass. soc. 10 janv. 1989, n° 87-60.209, Bull. civ. V, n° 217 ; Cass. soc. 27 juin 1990, n° 88-60.195, Bull. civ. V, n° 326

⁷⁸³ Cass. soc. 12 mars 2003, n° 01-60.812

⁷⁸⁴ Cass. soc. 12 mars 2003, préc.

juge n'est pas tenu « *de remettre en discussion, au-delà de ces faits, tous les éléments constitutifs d'une telle unité* »⁷⁸⁵. Il n'opère qu'un examen des modifications intervenues d'où découle la disparition de l'UES précédemment reconnue, à partir des éléments de preuve rapportés par celui qui allègue cette disparition⁷⁸⁶. Le juge vérifie quels effets entraînent les modifications qui ont eu lieu depuis la reconnaissance de l'UES sur les liens existant entre les différentes personnes juridiques composant l'UES. S'ils permettent d'établir la disparition de l'UES, dans ce cas-là, cette remise en cause de l'UES entraîne, par effet de domino, la remise en cause des mandats des institutions représentatives du personnel propres à l'UES⁷⁸⁷. En revanche, si les preuves rapportées par celui qui allègue les modifications ne permettent pas de caractériser du changement intervenu, l'UES reconnue initialement continue à exister dans sa composition première.

273. Conclusion – La reconnaissance de l'UES constitue un préalable à l'existence juridique de l'UES. Une fois la reconnaissance intervenue, cela entraîne alors un bouleversement dans l'organisation sociale des personnes morales qui composent l'UES. De nouvelles institutions représentatives du personnel sont mises en place obligatoirement, sur le fondement de l'article L. 2322-4 du Code du travail. Mais, la reconnaissance de l'UES est susceptible d'avoir des répercussions autres. Tendant à devenir l'entreprise en droit du travail, la notion d'UES est sollicitée de plus en plus par les différentes parties, tant du côté patronal que du côté salarial. L'assimilation avec l'entreprise n'est pas à ce jour pleine et entière, mais la portée de l'UES est toutefois relativement importante et pourrait encore s'accroître dans le futur.

L'étude des modes de reconnaissance de l'UES révèle combien l'UES est une notion complexe qui est susceptible de faire l'objet d'évolutions notables. Les réponses apportées aujourd'hui par la jurisprudence ne semblent pas satisfaire l'ensemble de la doctrine. En effet, pour la jurisprudence, le lien existe de manière très forte entre l'UES et le contentieux électoral. En ce sens, la reconnaissance conventionnelle se fait sur la base d'un protocole d'accord préélectoral. De même, la reconnaissance judiciaire est effectuée par le tribunal d'instance, juge de l'élection professionnelle. Or, s'il ne fait pas de doute que la reconnaissance d'une UES engendre avant tout des conséquences pour les institutions

⁷⁸⁵ Cass. soc. 27 juin 1990, n° 88-60.195 et 88-60.196, Bull. civ. V, n° 326 ; Cass. soc. 3 oct. 2007, n° 06-60.284, JCP S. 2007, 1942, comm. G. BLANC-JOUVAN.

⁷⁸⁶ Cass. soc. 27 juin 1990, préc. ; Cass. soc. 3 oct. 2007, préc.

⁷⁸⁷ « *à la suite de la cessation de l'unité économique et sociale, les conditions de maintien d'un délégué syndical central n'étaient plus remplies* », Cass. soc. 10 janv. 1989, préc.

représentatives du personnel, les solutions retenues par la jurisprudence s'agissant des modes de reconnaissance ne sont pas satisfaisantes à plus d'un point. Concernant le protocole d'accord préélectoral, exiger l'unanimité des parties pose question eu égard à la notion d'UES qui constitue un constat de la réalité des faits. De plus, seules les parties sont tenues par cet accord préélectoral, ce qui pose problème à l'égard des tiers lesquels ne sont pas concernés par cet accord de reconnaissance d'une UES. De la même manière, retenir la compétence du tribunal d'instance en matière de reconnaissance judiciaire alors que la demande de reconnaissance ne se fait plus aujourd'hui dans le cadre du contentieux électoral ne semble pas cohérent.

Admettre la reconnaissance conventionnelle d'une UES par un accord d'entreprise, couplée à une reconnaissance judiciaire par le tribunal de grande instance, serait certainement un pas décisif de la part de la Cour de cassation en faveur de l'UES. De perspectives intéressantes s'ouvrirait alors pour l'UES comme espace d'exécution d'un certain nombre d'obligations en droit du travail. Même s'il est vrai que l'UES est un ensemble relativement précaire, qui peut être remis en cause facilement, la portée de la reconnaissance d'une UES devrait démontrer que l'UES se détache progressivement du domaine électoral pour s'attacher à l'ensemble du droit du travail.

Titre II

LA PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

274. La représentation du personnel – Les conséquences de la reconnaissance d'une unité économique et sociale font l'objet de peu de dispositions législatives. Initialement, le seul domaine visé par la jurisprudence concernait la représentation du personnel. La fraude mise en place par les employeurs devait permettre d'« éviter l'implantation des institutions représentatives du personnel »⁷⁸⁸. Le législateur, lorsqu'il a consacré par la suite cette notion, n'a pas donné une portée plus grande à l'unité économique et sociale que la seule représentation institutionnelle, son choix se portant même sur l'unique comité d'entreprise⁷⁸⁹. La jurisprudence a dès lors défini les contours de la notion d'UES dans le cadre de la mise en place des institutions représentatives du personnel. Aujourd'hui, l'UES constitue d'abord et avant tout un cadre spécifique en matière de représentation du personnel (**Chapitre 1**).

275. Émancipation relative – Cette affirmation peut être en partie nuancée par la place de plus en plus importante que prend l'UES dans les autres domaines du droit du travail. L'UES s'émancipe progressivement de la représentation institutionnelle. L'UES constitue une forme d'entreprise en droit du travail au-delà de ce seul domaine. S'il est certain que les relations collectives de travail sont pleinement concernées par cette notion, les relations individuelles de travail peinent à utiliser cette notion. C'est une émancipation somme toute relative de l'UES qui est perceptible à travers l'étude du droit positif (**Chapitre 2**).

⁷⁸⁸ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011

⁷⁸⁹ C. trav. art. L. 2322-4

Chapitre 1

LA REPRÉSENTATION DU PERSONNEL

276. L'installation et l'exercice du mandat – La notion d'unité économique et sociale a été créée par la jurisprudence, et reprise par la suite par le législateur, pour assurer aux institutions représentatives du personnel un cadre approprié pour l'exercice de leurs missions. L'UES constitue un véritable espace naturel pour la mise en place de la représentation institutionnelle (**Section 1**).

Il est certain que le législateur n'a pas donné de précisions sur la manière dont doit être exercée chacune des missions des représentants élus et désignés au sein de l'UES. Conformément aux dispositions du Code du travail portant sur l'entreprise, les instances représentatives du personnel exercent pleinement, au niveau de l'UES, leurs compétences, lesquelles diffèrent relativement peu de celles exercées au niveau d'une autre forme d'entreprise. L'UES constitue pleinement une entreprise en droit du travail pour l'exercice du mandat de représentant du personnel (**Section 2**).

Section 1

La mise en place des institutions représentatives du personnel

277. Cadre unique – S'appuyant sur la fin de la relativité de la notion d'UES, la jurisprudence considère que l'UES constitue un cadre unique pour l'ensemble des représentants du personnel (§ 1). Dès lors que l'UES est reconnue entre plusieurs personnes morales, les institutions représentatives du personnel doivent être mises en place dans le cadre de l'UES entendue comme une entreprise en droit du travail (§ 2).

§1 – CADRE UNIQUE POUR LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

278. Fin de la relativité de la notion – Auparavant, la notion était relative. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas. La fin de la relativité de la notion d'UES permet d'utiliser cette notion sans opérer de différenciation entre les institutions représentatives du personnel (A). La mise en place des institutions représentatives du personnel, qu'il s'agisse de l'organisation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel, ou de la désignation des représentants syndicaux a dès lors vocation à se faire dans ce seul et même cadre (B).

A – LA FIN DE LA RELATIVITÉ DE LA NOTION D'UES

279. L'évolution jurisprudentielle – Lors de la création de la notion d'UES par les juges, l'UES était perçue comme une notion relative. Ses contours variaient selon la nature de l'institution à mettre en place. Dans ces conditions, percevoir les traits de l'entreprise en droit du travail s'avérait un exercice périlleux (1). Mais, en 2004, la Cour de cassation a clairement affirmé que la notion n'est pas relative. La finalité des institutions représentatives du personnel ne devant pas être prise en compte dans la reconnaissance de l'UES, c'est une seule et même entreprise qui se révèle aux représentants du personnel (2).

1 – l'ancienne relativité de la notion

280. Inégale importance des critères de l'UES – Pendant longtemps, l'UES était considérée comme une notion relative. La jurisprudence estimait ainsi que « *la notion d'unité économique et sociale n'obéit pas à des critères uniformes pour chacune des institutions représentatives du personnel ou des syndicats* »⁷⁹⁰. Les critères de l'unité économique et sociale étaient certes identiques pour n'importe quelle institution représentative du personnel mise en place. L'unité économique et l'unité sociale devaient être satisfaites pour qu'une UES

⁷⁹⁰ Cass. soc. 7 juin 1984, n^{os} 83-60.927 et 83-60.928

soit reconnue. Mais, la jurisprudence n'attribuait pas la même force à chacun des critères de l'UES. Ceux-ci étaient cumulatifs mais n'étaient pas d'égale importance⁷⁹¹.

Le critère de l'unité économique était privilégié lorsqu'il s'agissait de reconnaître une UES en vue de mettre en place un comité d'entreprise. En effet, pour cette institution, « *l'information et l'intervention des représentants du personnel doivent pouvoir s'exercer vis-à-vis de l'entreprise économique unique constituée par l'ensemble des sociétés interdépendantes, y compris celles qui n'emploient pas de personnel* »⁷⁹².

Le critère de l'unité sociale était, quant à lui, plus rigoureusement contrôlé lorsqu'il s'agissait de reconnaître une UES en vue de la mise en place de délégués du personnel ou de délégués syndicaux⁷⁹³. Pour ces institutions dites de proximité, « *la réalité d'intérêts communs à une collectivité de salariés devient (...) déterminante* »⁷⁹⁴. La notion d'UES s'appréciait donc différemment pour chaque institution représentative. De la nature de l'institution à mettre en place dépendait l'UES reconnue.

281. Recherche systématique des critères – Cette relativité de la notion était lourde de conséquences pour les institutions représentatives. Reconnaître une UES pour la mise en place d'une institution ne permettait pas d'induire la reconnaissance d'une UES pour les autres institutions. L'UES reconnue avait des contours spécifiques, adaptés à cette institution spécifique, mais qui ne l'étaient pas pour les autres institutions. C'est ainsi qu'un arrêt du 7 juin 1984⁷⁹⁵ dispose, tout d'abord, que « *la notion d'unité économique et sociale n'obéit pas à des critères uniformes pour chacune des institutions représentatives du personnel ou des syndicats* » et en tire, ensuite, comme conséquence que « *le tribunal d'instance a exactement considéré que la décision judiciaire relative à la désignation d'un délégué syndical commun,*

⁷⁹¹ J. SAVATIER, « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », Dr. soc. 1986, p. 11 ; M. DESPAX, « La dissociation d'une unité économique et sociale préexistante, à propos de quelques arrêts récents », RJS 1990, p. 435

⁷⁹² *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 1997, n° 2012

⁷⁹³ La Cour de cassation semble toutefois établir une distinction entre les délégués du personnel et les délégués syndicaux lorsqu'elle décide que « *les diverses institutions représentatives du personnel [ont] chacune leur finalité propre et les critères à retenir pour déterminer le cadre le plus approprié au bon fonctionnement de chacune d'elles [sont] de ce fait différents* ». La Cour de cassation approuve, en l'espèce, la décision du tribunal d'instance d'avoir reconnu une UES entre deux sociétés, le 2 avril 1984, pour la désignation de délégués syndicaux, et d'avoir refusé une telle reconnaissance, le 2 août 1984, pour l'élection des délégués du personnel au motif du défaut de communauté de travail. La Cour semble exiger de manière plus rigoureuse l'existence d'une communauté de travail pour l'élection des délégués du personnel qu'elle ne le fait pour la désignation des délégués syndicaux (Cass. soc. 6 nov. 1985, n° 84-60.751).

⁷⁹⁴ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 1997, préc.

⁷⁹⁵ Cass. soc. 7 juin 1984, préc.

qui ne concerne pas le dernier alinéa du nouvel article L. 431-1 n'impliquait pas nécessairement la constitution d'un comité d'entreprise commun ». La reconnaissance d'une UES pour la désignation du délégué syndical n'entraînait pas, de manière automatique, de modification de circonscription électorale pour les autres institutions⁷⁹⁶. Celles-ci demeuraient appropriées au niveau des personnes juridiques sous réserve d'une demande formulée par les représentants du personnel pour reconnaître une UES à leur égard.

Cette vision étroite de l'UES a entraîné, pour le juge, un alourdissement de son travail de reconnaissance. Chacune des institutions représentatives du personnel ayant une finalité différente, le juge devait opérer à chaque cas d'espèce une pondération différente des critères. La reconnaissance d'une UES résultait d'une recherche systématique de l'ensemble des critères. Il n'y avait alors pas la possibilité de se référer à un précédent jugement pour reconnaître une UES. Il n'était pas possible de faire jouer la règle du « *précédent* » face à une nouvelle demande de reconnaissance d'une UES. Le tribunal d'instance qui avait reconnu une UES pour la désignation d'un délégué syndical n'était pas en mesure d'accepter d'emblée que la constitution du comité d'entreprise commun puisse se faire à ce même niveau.

282. Cadre pour une seule institution – Ainsi, à partir du moment où le juge reconnaissait une UES, celle-ci était cantonnée à un rôle limité. Elle permettait uniquement à une institution représentative, au préalable déterminée, d'être mise en place⁷⁹⁷. Dans un tel contexte, vouloir assimiler l'UES à l'entreprise en droit du travail s'avérait alors délicat. L'UES, en tant que notion relative, constituait uniquement un cadre permettant à une seule institution d'exercer sa mission. Il ne s'agissait en aucune manière d'un cadre général pour l'ensemble des institutions et, *a fortiori*, pour l'ensemble des rapports collectifs de travail. Les premiers auteurs estimaient que, derrière la notion d'unité économique et sociale, se trouvait la notion d'entreprise en droit du travail. Mais, dans le même temps, ils estimaient que la notion devait être relative⁷⁹⁸. Cette difficile adéquation entre ces deux visions de l'UES fut toutefois relevée, par la suite, par la doctrine. Pour le professeur Alain Cœuret, « *l'unité économique et sociale, parce qu'elle ne correspond pas à autre chose qu'à la recherche concrète de l'entreprise au sens social, ne peut pas s'accommoder de solutions qui la feraient*

⁷⁹⁶ Cass. soc. 14 juin 1979, n° 76-60.026, 76-60.025, Bull. civ. V, n° 550

⁷⁹⁷ À titre d'exemple, Cass. soc. 23 oct. 1985, n° 85-60.173

⁷⁹⁸ « *Dans la même situation de fait, [l'UES] pourra être retenue pour les uns et écartée pour les autres en raison de la mission différente des divers représentants du personnel qui n'exigent pas nécessairement le même cadre* », (R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. Soc. 1979, p. 5) ; « *la notion d'UES a été dégagée pour assurer en pratique l'efficacité de chacune des institutions ; elle n'a donc pas de conséquences uniformes* », (J. LAROQUE, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », D. 1987, p. 33 s.).

tantôt apparaître tantôt disparaître selon le type d'institution représentative à implanter »⁷⁹⁹. Progressivement, la jurisprudence a évolué vers une notion plus objective. L'approche objective de la notion d'UES a été consacrée en 2004 par la Cour de cassation.

2 – l'actuelle objectivité de la notion

283. Critères identiques – Les prémices de la nouvelle position de la Cour de cassation apparaissent dès 1988⁸⁰⁰, même si l'affirmation de la fin de la relativité de l'UES ne se fait qu'en 2004. Dans un arrêt du 24 mars 1988⁸⁰¹, la Cour de cassation précise, à propos du critère de l'identité ou la complémentarité des activités des personnes morales concernées, qu'il s'agit d'un élément constitutif de l'unité économique et sociale « *quelle que soit l'institution représentative à mettre en place* ». La Haute Juridiction n'opère pas ici de distinction selon l'organe de la représentation institutionnelle en cause. L'un des critères de l'UES est à tout le moins apprécié de manière identique pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel.

La même année, la Cour de cassation va aller encore plus loin dans cette voie. Dans un arrêt ultérieur du 5 mai 1988⁸⁰², la Cour de cassation reprend les trois éléments constitutifs de l'UES, que sont la complémentarité des activités, la concentration des pouvoirs de direction et la communauté de travail, et les applique à l'ensemble des institutions représentatives du personnel. Pour la Cour, le tribunal d'instance a caractérisé l'UES, « *quelle que soit l'institution représentative à mettre en place* ». Ces deux arrêts marquent un coup d'arrêt dans le lien qui s'était établi entre la demande de reconnaissance de l'UES et l'institution en cause. Ce n'est plus la mission de l'institution qui explique que la reconnaissance de l'UES ait lieu ou n'ait pas lieu. Seuls les critères importent pour effectuer une telle reconnaissance.

La Cour de cassation va ainsi, à plusieurs reprises, utiliser une formule sans équivoque, selon laquelle « *les critères de l'unité économique et sociale sont les mêmes*

⁷⁹⁹ A. CŒURET, note ss Cass. soc. 23 mai 2000, n^{os} 98-60.212 et 99-60.006, RJS 2000, p. 529

⁸⁰⁰ Avant cette date, la jurisprudence paraît parfois hésiter dans la vision à donner à l'UES (Cass. soc. 31 mars 1977, n^o 76-60.266, Bull. civ. V, n^o 257 ; Cass. soc. 4 juill. 1979, n^o 79-60.136, Bull. civ. V, n^o 614 ; 14 juin 1979, n^o 76-60.026 et 76-60.025 Bull. civ. V, n^o 550 ; Cass. soc. 17 mars 1983, D. 1984, inf. rap., 161, obs.

J. FROSSARD).

⁸⁰¹ Cass. soc. 24 mars 1988, Bull. civ. V, n^o 214

⁸⁰² Cass. soc. 5 mai 1988, Bull. civ. V, n^o 273

quelles que soient les institutions représentatives »⁸⁰³. Elle en tire alors les conséquences quant à l'étendue du pouvoir de reconnaissance du juge. Puisque les critères sont identiques, il est admis que « *le juge a pu se référer à un précédent jugement ayant constaté l'existence de cette unité, dès lors qu'il relevait qu'aucune modification n'était intervenue dans les rapports entre les deux sociétés.* »⁸⁰⁴ La Cour de cassation délimite clairement les pouvoirs du juge d'instance. Ce dernier peut rendre sa décision de reconnaissance en se référant à un précédent jugement. Il n'a pas alors à procéder à l'examen minutieux des critères de l'UES. Il doit simplement vérifier que les rapports entretenus entre les personnes morales incluses dans l'UES sont restés les mêmes depuis la reconnaissance initiale de l'UES. Le juge peut pareillement se référer à un précédent jugement ayant dénié l'existence d'une unité économique et sociale en vue des élections du comité d'entreprise pour constater l'absence d'une telle unité pour des élections des délégués du personnel. Dans les rapports entre les sociétés, il faut qu'il n'y ait pas eu de modification pour qu'une telle règle puisse jouer⁸⁰⁵. Autrement dit, la reconnaissance judiciaire d'une UES valant pour l'ensemble des institutions représentatives, il est possible pour le juge de se prévaloir de cette reconnaissance. Pour autant, dans ces différents arrêts, la Cour de cassation ne se prononce pas de façon nette en faveur d'une notion objective. Ses propos semblent même nuancés et peuvent parfois porter à confusion⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.292, RJS 1998, n° 1378 ; Cass. soc. 7 oct. 1998 n° 97-60.491, RJS 1998, n° 1381 ; Cass. soc. 1^{er} déc. 1998, n° 97-60.492 et n° 97-60.493 Bull. civ. V, n° 528

⁸⁰⁴ Cass. soc. 12 déc. 1990, n° 89-61.198, Bull. civ. V, n° 664 ; Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 94-60.584, RJS 1995, n° 1254 ; Cass. soc. 1^{er} déc. 1998, Bull. civ. V, n° 528

⁸⁰⁵ Cass. soc. 2 nov. 1993, n° 92-60.446, RJS 1993, n° 1215, D. 1994, somm. p. 295, obs. G. BORENFREUND, Cah. soc. barreau Paris 1993, p. 320.

⁸⁰⁶ Différents arrêts rendus après 1988 sont apparus relativement ambigus. Tout en affirmant que les critères de l'UES sont les mêmes pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel, la Cour de cassation tient à préciser que « *la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour la désignation de délégués syndicaux n'implique pas que l'élection des membres du comité d'entreprise doive se dérouler dans le même cadre, la finalité des institutions étant différente* » (Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 94-60.584, RJS 1995, n° 1254). De la même manière, la Cour de cassation décide que « *la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise n'implique pas que la désignation de délégués syndicaux doive être effectuée dans le même cadre, la finalité des institutions étant différente* », (Cass. soc. 1^{er} déc. 1998, n°s 97-60.492 et 97-60.497, Bull. civ. V, n° 528, RJS 1999, n° 65). Dans ces arrêts, la Cour de cassation tient à mettre en avant la finalité différente de chacune des institutions représentatives du personnel pour expliquer que l'élection des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise ou la désignation des délégués syndicaux ne doivent pas nécessairement se faire dans le même cadre. Un arrêt du 2 novembre 1993 laisse même sous-entendre que le critère de l'unité économique doit toujours être satisfait pour qu'une UES soit reconnue tandis que le critère de l'unité sociale n'a pas forcément à être satisfait. Georges Borenfreund, commentant cet arrêt, résume ainsi la position de la Cour de cassation : « *les éléments conduisant à admettre l'existence d'une unité sociale seraient susceptibles de varier selon l'institution en cause, la Cour de cassation se faisant vraisemblablement plus exigeante pour les délégués du personnel, voire les délégués syndicaux, que pour le comité d'entreprise* », (G. BORENFREUND, obs. préc.).

284. La fin de la relativité de la notion – La fin de la relativité de la notion d’UES est prononcée clairement dans deux arrêts du 13 juillet 2004⁸⁰⁷. En l’espèce, le tribunal d’instance décide que « *la société anonyme Sermeto et la SAS Sermeto équipement industriel constituent une unité économique et sociale avec toutes conséquences de droit* ». Les pourvois arguent alors du fait que la notion d’UES « *est relative* » et que, de ce fait, le tribunal d’instance se devait de « *préciser quelles institutions représentatives seraient concernées* ». Il ne pouvait pas décider, « *de façon abstraite* », la création d’une UES « *sans aucunement rechercher le bénéfice spécifique qu’en retirerait chacune de ces institutions* ». Par une formulation dépourvue de toute ambiguïté, la Cour de cassation décide que « *la notion d’UES n’est pas relative* ». Elle tient ensuite à préciser que sa reconnaissance par le juge se fait « *selon des critères propres indépendants de la finalité des institutions représentatives comprises dans son périmètre* » et que sa reconnaissance « *n’implique pas du juge une appréciation de l’opportunité de la demande présentée par un syndicat représentatif* »⁸⁰⁸.

La reconnaissance d’une UES ne se fait plus en fonction de telle ou telle institution représentative du personnel. L’UES existe en soi. À partir du moment où les critères sont présents, l’UES existe. L’UES existant, elle doit être reconnue⁸⁰⁹. Il faut alors en tirer pleinement les conséquences s’agissant de l’ensemble des représentants du personnel. Ceux-ci sont susceptibles d’exercer leur mandat à ce niveau. En mettant fin à la relativité de la notion d’UES⁸¹⁰, la Cour de cassation tend à faire reconnaître une entreprise en droit du travail. Derrière la façade « *UES* » se trouve l’entreprise, qui reste la même quelle que soit l’institution en cause. L’UES devient objectivement identifiable et s’apparente à une

⁸⁰⁷ Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413, Bull. civ. V, n° 218, Dr. soc. 2004. 914, obs. J. SAVATIER

⁸⁰⁸ D’aucuns ont noté que la Cour de cassation vise en termes généraux le principe selon lequel « *la notion d’UES n’est pas relative* », mais que les conséquences de ce principe ne portent que sur la reconnaissance judiciaire. Est-ce à dire que la solution de la Cour de cassation ne vaut que pour la reconnaissance judiciaire ? « *Les acteurs de la négociation pourraient-ils, sans risque judiciaire, dessiner un espace modulable selon les intérêts en cause et concevoir une fonctionnalité de l’UES* » ? (B. BOUBLI, « L’UES à l’époque des vœux : état des lieux et souhaits de réforme », Semaine sociale Lamy, n° 1156, p. 6) Les parties, quand elles tracent les contours de l’UES, restent relativement libres de leurs choix, sous réserve de la saisine du juge par l’une des parties. La reconnaissance conventionnelle ne vaut que si le juge n’est pas saisi. Décider de faire de l’UES une notion relative est un choix possible des parties. Mais, à partir du moment où le juge est saisi, la notion ne peut plus être relative, la jurisprudence issue de l’arrêt du 13 juillet 2004 s’appliquant (Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413, Semaine sociale Lamy, n° 1181, p. 10 ; Dr. soc. 2004. 914, obs. J. SAVATIER ; Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 1490).

⁸⁰⁹ La Cour de cassation admet ainsi que la demande judiciaire de reconnaissance de l’UES puisse intervenir à tout moment, (Cass. soc. 2 juin 2004, n° 02-60.769, RJS 2004, n° 936).

⁸¹⁰ « *La notion d’unité économique et sociale n’est pas relative et (...) sa reconnaissance par le juge doit intervenir selon des critères indépendants de la finalité des institutions représentatives comprises dans son périmètre* », (Cass. soc. 19 sept. 2007, n° 06-60.199).

entreprise unique. Son existence se vérifie pour toutes les institutions représentatives du personnel.

B – LES INSTITUTIONS MISES EN PLACE

285. L'ensemble des institutions – Le législateur ne vise qu'une seule institution concernée par la reconnaissance d'une UES. Faisant fi de cette position restrictive, la jurisprudence décide que l'ensemble des institutions représentatives du personnel qui sont généralement présentes dans toute entreprise en droit du travail peuvent être mises en place à partir du moment où une UES est reconnue entre plusieurs personnes morales (1). Toutefois, il existe une exception en la matière. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne semble pas être visé par les dispositions portant sur l'UES (2).

1 – les institutions mises en place au niveau de toute entreprise

286. Le comité d'entreprise, les délégués du personnel et syndicaux – Dès la création de la notion d'UES, un lien de cause à effet entre l'UES et les instances de représentation du personnel est établi⁸¹¹. La reconnaissance d'une UES a alors pour unique conséquence la mise en place d'une des institutions représentatives du personnel présentes dans toute entreprise en droit du travail. Les délégués du personnel⁸¹², le comité d'entreprise⁸¹³ ou les délégués syndicaux⁸¹⁴ sont institués au niveau de l'UES. La reconnaissance d'une UES pour l'une de ces trois institutions représentatives du personnel entraîne alors la mise en place de cette institution au niveau de l'UES.

Lors de la consécration de la notion d'UES par les lois Auroux du 28 octobre 1982, le législateur retient une vision étroite du champ d'application de la notion. Il ne vise alors qu'une seule institution représentative du personnel, à savoir le comité d'entreprise. Selon l'ancien article L. 431-1 du Code du travail, la reconnaissance d'une UES oblige la mise en place d'un comité d'entreprise commun aux différentes personnes juridiquement distinctes

⁸¹¹ V. *infra*, n° 26 et s.

⁸¹² Cass. soc. 20 déc. 1977, n° 77-60.557, Bull. civ. V, n° 723

⁸¹³ « *Même en l'absence de fraude, il y a lieu à élection d'un comité d'entreprise commun à toutes les personnes morales constituant une unité économique et sociale* », Cass. soc. 31 mars 1977, n° 76-60.262, Bull. civ. V, n° 246

⁸¹⁴ Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.063, D. 1973. 381, note M. DESPAX

composant l'UES⁸¹⁵. Alors que la jurisprudence permettait jusqu'à lors à l'ensemble des institutions représentatives du personnel présentes dans toute entreprise d'être mises en place au niveau d'une UES, la loi ne vise ni les délégués du personnel ni les délégués syndicaux.

L'actuel article L. 2322-4 du Code du travail ne concerne aujourd'hui encore que le seul comité d'entreprise et le législateur n'a pas créé de dispositions analogues à cet article au bénéfice des autres instances de représentation du personnel. Pour autant, face au silence du législateur, la Cour de cassation n'a pas modifié sa jurisprudence antérieure. Elle a ainsi estimé que « *malgré le silence de la loi à cet égard, la notion d'unité économique et sociale de personnes morales juridiquement distinctes s'applique en matière de désignation de délégués syndicaux* »⁸¹⁶. Il est vrai qu'en matière d'élection de délégués du personnel, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur cette question de la mise en place possible ou pas de délégués du personnel dans le cadre d'une UES⁸¹⁷. Mais, la lecture d'un certain nombre d'arrêts laisse apparaître le fait que la Cour de cassation, partant du postulat que les délégués du personnel peuvent être élus au niveau d'une UES, applique, à ce niveau-là, les articles du Code du travail relatifs aux délégués du personnel⁸¹⁸. Il résulte dès lors de la combinaison de la loi et de la jurisprudence que les trois institutions représentatives du personnel qui sont habituellement susceptibles d'être mises en place au niveau d'une entreprise peuvent l'être pareillement au niveau de l'UES⁸¹⁹.

287. La délégation unique du personnel et le représentant de la section syndicale –

Plus récemment s'est posée la question de la répercussion éventuelle de la reconnaissance d'une UES sur d'autres institutions représentatives du personnel qu'il est également possible de trouver dans toute entreprise en droit du travail. La jurisprudence s'est clairement

⁸¹⁵ « *Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* », C. trav. ancien art. L. 431-1.

⁸¹⁶ Cass. soc. 3 juill. 1985, n° 85-60.060, Dr. soc. 1986, p. 18 ; Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 94-60.584, RJS 1995, n° 1254

⁸¹⁷ J. PELISSIER, A. SUPLOT ET A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, Paris, 24^e éd., 2008, n° 874, p. 1114 ; G. COUTURIER, *Traité de droit du travail*, t. 2, *Les relations collectives de travail*, 4^e éd., 2001, PUF, p. 34 et s., n° 11 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail*, Tome 2, *Relations collectives de travail*, Litec, 4^e éd. 2005, p. 64, n° 92

⁸¹⁸ Sur le fondement des anciens articles L. 421-1 et L. 423-4 du Code du travail (aujourd'hui, articles L. 2311-1 et s. et L. 2314-31), la Cour de cassation décide, dans le cadre d'une reconnaissance préalable d'une unité économique et sociale entre deux sociétés par le tribunal d'instance de Puteaux, qu'il « *appartient au tribunal d'instance, à défaut d'accord des parties, de déterminer la qualité d'établissement distinct au sens des délégués du personnel* », (Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.517, Bull. civ. V, n° 409). Les délégués du personnel sont implicitement admis par la Cour de cassation à exercer leur fonction de représentants du personnel au niveau d'une UES.

⁸¹⁹ Au sein d'une UES, lorsqu'un comité d'entreprise commun est mis en place, le représentant syndical doit également être présent au sein de cette institution (Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-18.689).

prononcée en faveur de la mise en place de la délégation unique du personnel lorsque l'unité économique et sociale comprend entre 50 et 199 salariés⁸²⁰. Cette solution est compréhensible au regard des attributions de cette délégation unique de représentation du personnel. Elle « réunit les attributions des délégués du personnel et du comité d'entreprise au sein d'une même délégation élue, en confiant les missions du comité d'entreprise aux délégués du personnel »⁸²¹. Le comité d'entreprise et les délégués du personnel pouvant être mis en place au niveau d'une UES, il est indiscutable que la délégation unique puisse également être mise en place dans ce cadre-là.

Une nouvelle représentation désignée a été créée par le législateur, dans la loi du 20 août 2008. Il s'agit du représentant de la section syndicale⁸²². Selon l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, « *chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement d'au moins cinquante salariés peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement* ». Ce représentant exerce alors les mêmes fonctions que le délégué syndical, « à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs »⁸²³. Son mandat prend fin « à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise »⁸²⁴. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur la question de la mise en place éventuelle d'un représentant de section syndicale dans le cadre d'une UES. En revanche, elle a précisé, dans un arrêt du 31 mai 2011⁸²⁵, qu'« *un syndicat non représentatif peut créer une section syndicale et désigner un représentant de cette section soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de chacun des établissements distincts de cette entreprise* ». Pour la doctrine, « *cette jurisprudence est transposable à la situation de l'unité économique et sociale* »⁸²⁶. L'UES est considérée comme une entreprise en droit de la représentation du personnel et elle peut faire l'objet, comme toute entreprise, d'une scission en établissements distincts. Un représentant de

⁸²⁰ Cass. soc. 10 juin 1998, n° 97-60.128

⁸²¹ Travail-emploi.gouv.fr/information-pratiques,89/fiches-pratiques,91/representants-du-personnel,119/la-delegation-unique,1087.htm

⁸²² C. trav. art. L. 2142-1-1 et s.

⁸²³ C. trav. art. L. 2142-1-1 al. 2

⁸²⁴ C. trav. art. L. 2142-1-1 al. 3

⁸²⁵ Cass. soc. 31 mai 2011, n° 10-25.688, Bull. civ. V, n° 135

⁸²⁶ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 130

section syndicale peut dès lors être désigné par son syndicat dans un des établissements de l'UES ou au niveau de l'UES sans être pour autant présent dans tous les établissements⁸²⁷.

La Cour de cassation semble, en revanche, avoir une approche différente s'agissant du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

2 – le CHSCT

288. L'arrêt du 16 janvier 2008 – Dans un arrêt du 16 janvier 2008⁸²⁸, la Cour déclare qu'« *il résulte de l'article L. 236-5 du code du travail que le CHSCT est institué dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteur d'activités* ». Alors que le pourvoi estimait que « *l'unité économique et sociale n'est pas une notion relative et, une fois reconnue, doit servir de cadre à l'ensemble des institutions représentatives du personnel* », la Cour approuve le tribunal d'avoir « *exactement décidé que l'existence d'une unité économique et sociale entre la société Brit Air et deux autres sociétés n'avait de conséquence ni sur le cadre de désignation du CHSCT ni sur la composition du collège désignatif* ».

Implicitement, la Cour de cassation rappelle qu'un CHSCT est mis en place au niveau d'un établissement. Or, une UES pouvant être considérée comme une entreprise en droit du travail, ce sont alors les personnes morales composant l'UES qui sont constitutives d'un établissement. Dès lors, la reconnaissance d'une UES ne modifie en rien le cadre de mise en place du CHSCT. Avant cette reconnaissance, le CHSCT existait au niveau de chaque personne morale de cinquante salariés et plus. Après cette reconnaissance, le CHSCT continue à intervenir à ce même niveau.

289. Critique de la solution – Cette solution a été fortement critiquée par la doctrine, laquelle approuve la première partie du raisonnement de la Cour de cassation, mais estime « *beaucoup moins compréhensible* »⁸²⁹ la seconde partie. S'il est certain que le cadre de mise en place d'un CHSCT est l'établissement, conformément à l'article L. 4611-1 du Code du travail⁸³⁰, en revanche, la reconnaissance d'une UES a de fortes chances d'influer sur le CHSCT. Comme toute entreprise, l'UES peut être divisée en établissements distincts. C'est

⁸²⁷ Cass. soc. 8 juill. 2009, n° 09-60.048

⁸²⁸ Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-60.286, Bull. civ. V, n° 5 ; D. 2008, p. 2306 ; JCP S 2008, 1255 ; Dr. soc. 2008, p. 560

⁸²⁹ J.-B. COTTIN, « Cadre de mise en place d'un CHSCT dans une UES », JCP S 2008, 1255

⁸³⁰ « *Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est constitué dans tout établissement de cinquante salariés et plus* », C. trav. art. L. 4611-1

alors au niveau de chacun de ces établissements qu'un CHSCT peut être mis en place. Mais, il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre un établissement et une personne morale. Au sein d'une UES, un établissement peut regrouper plusieurs sociétés. « *Le droit social peut (...) se montrer intransigeant, ignorant jusqu'au bout l'organisation sociétair, laquelle peut d'ailleurs ne correspondre en rien à l'organisation économique et sociale des activités au sein d'un groupe* »⁸³¹. Alors que la Cour de cassation semble tenir pour acquis le fait que l'établissement a comme périmètre une personne morale en cas de reconnaissance d'une UES, les auteurs mettent en garde contre une telle interprétation. « *L'établissement peut transcender les divisions sociétares* »⁸³².

Il en résulte que le collège désignatif subit nécessairement l'influence de l'UES. Ce collège est composé de membres élus du comité d'entreprise et des délégués du personnel⁸³³. Or, ces institutions sont mises en place dans le cadre de l'UES. Lorsque des établissements distincts sont reconnus dans une UES, ceux-ci n'ont pas nécessairement comme périmètre la personne morale. Dès lors, « *selon les hypothèses retenues, les représentants du personnel, amenés à participer à (ce) collège pourront (...) appartenir à plusieurs sociétés juridiquement distinctes* »⁸³⁴. Cet arrêt ne donne ainsi pas entièrement satisfaction. Selon la jurisprudence actuelle, le CHSCT constitue une institution à part par rapport aux autres institutions représentatives du personnel s'agissant des conséquences de la reconnaissance d'une UES en matière électorale. Il faut toutefois noter que cette jurisprudence n'a pas fait l'objet de confirmation ultérieurement.

Nonobstant cette interrogation concernant le CHSCT, il n'y a pas lieu de douter du cadre unique que constitue l'UES pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel présentes au niveau d'une entreprise. La mise en place des représentants du personnel se fait donc tout naturellement au niveau de l'UES dès lors que celle-ci a été reconnue.

⁸³¹ J. DANIEL et A. TEISSIER, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », JCP S 2006, 1774

⁸³² J.-B. COTTIN, art. préc.

⁸³³ C. trav. art. L. 4613-1

⁸³⁴ J.-B. COTTIN, art. préc.

§2 – LA MISE EN PLACE DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL AU NIVEAU DE L’UES

290. Les institutions représentatives du personnel appropriées – Sur le fondement de l’article L. 2322-4 du Code du travail, la jurisprudence estime que « *la reconnaissance judiciaire d’une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées* »⁸³⁵. Ainsi, prenant acte de la reconnaissance de l’UES, les parties intéressées doivent mettre en place ces institutions dans les meilleurs délais. Ce travail de mise en place diffère selon que l’UES est considérée comme un établissement unique (A), ou qu’elle se compose de différents établissements distincts (B).

A – L’UES À ÉTABLISSEMENT UNIQUE

291. Le regroupement des entités et la mise en place des représentants – Une fois l’UES reconnue, lorsque son découpage éventuel en établissements distincts n’est pas envisagé, les représentants institutionnels doivent être mis en place au niveau de l’UES entendue comme une seule et même entreprise. L’ensemble des entités juridiques composant l’UES est ainsi regroupé pour la représentation du personnel (1). La personnalité juridique attachée à ces entités s’efface au profit de l’UES. C’est ainsi au niveau de l’UES que la mise en place des institutions se fait (2).

1 – le regroupement des entités pour la représentation du personnel

292. L’UES perçue comme une entreprise nouvelle – Si l’UES ne fait pas l’objet d’une division en établissements distincts, elle est alors considérée comme une entreprise à établissement unique. L’installation des représentants du personnel se fait obligatoirement dans un nouveau cadre, peu importe la présence ou non auparavant d’une représentation du personnel existante. Il s’agit d’une entreprise nouvelle pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Comme toute nouvelle entreprise en droit du travail, les règles qui sont « *classiquement* » prévues par le Code du travail sont utilisées. Faisant fi des découpages juridiques internes à l’UES, la jurisprudence fait ainsi prévaloir la réalité de

⁸³⁵ Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Semaine sociale Lamy, 2004, n° 1174, p. 10

l'UES comme entreprise. Les représentants du personnel doivent pouvoir être installés dans le périmètre de l'UES, nonobstant l'existence de plusieurs personnes juridiques au sein de l'UES. Les découpages sociétaires ne font pas obstacles à la réalité d'une entreprise unique.

293. Application du Code du travail, sans adaptation préalable – Dès lors, l'UES, perçue comme une entreprise unique, ne nécessite pas nécessairement une adaptation des règles de droit pour l'organisation des élections des délégués du personnel, pour celle des membres du comité d'entreprise commun ou pour la désignation des délégués syndicaux. Dans un arrêt du 7 juillet 1999⁸³⁶, la Cour de cassation estime ainsi que l'ancienneté dans l'entreprise, exigée pour la désignation du délégué syndical par l'ancien article L. 412-14 du Code du travail⁸³⁷, doit être appréciée au sein de l'ensemble formant l'UES.

Ce sont pareillement les textes « classiques » du Code du travail qui permettent de connaître la composition des instances de représentation du personnel. Dans le silence des textes portant sur l'UES, ce sont les textes légaux applicables à l'« entreprise » qui prévalent. Dans l'UES, entendue comme entreprise unique, il y a donc un nombre identique de membres à celui prévu par la loi pour toute entreprise. L'existence de plusieurs personnes juridiques au sein de l'UES ne modifie pas ce nombre. Il est dès lors possible que les salariés de chaque personne juridique composant l'UES n'aient pas de représentant au niveau de l'UES. Ainsi, l'article R. 2324-1 du Code du travail précise la composition de la délégation du personnel au comité d'entreprise. De 50 à 74 salariés, il y a « 3 titulaires et 3 suppléants ». Si l'UES regroupe plus de trois personnes morales en son sein, il n'y aura pas alors un représentant titulaire par personne morale. Il est en outre possible que l'ensemble des titulaires et des suppléants soient salariés de la même société. Il n'existe pas de répartition au prorata des représentants du personnel selon le nombre de sociétés incluses dans l'UES entendue comme entreprise unique⁸³⁸. La réalité d'une entreprise unique se vérifie donc par l'indifférence portée aux personnes juridiques composant l'UES. Pour la jurisprudence, dès lors que l'UES est reconnue, l'installation des représentants du personnel doit pouvoir se faire à ce niveau-là.

⁸³⁶ Cass. soc. 7 juill. 1999, n° 98-60.393

⁸³⁷ C. trav. art. L. 2143-1

⁸³⁸ Il faut toutefois noter que l'organisation des élections dans le cadre de l'UES suppose l'établissement du protocole d'accord préélectoral (C. trav. art. L. 2324-4-1 pour le comité d'entreprise). Lors de la négociation de l'accord, les parties intéressées peuvent dès lors se mettre d'accord sur la répartition des membres en fonction des personnes morales composant l'UES.

2 – la mise en place des représentants du personnel

294. Délégué syndical commun – « *Lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue conventionnellement ou judiciairement, les institutions représentatives sont mises en place en son sein* »⁸³⁹ dispose la Cour de cassation, interprétant ainsi les dispositions de l'article L. 2322-4 du Code du travail. Cette mise en place suppose, malgré tout, que les différents seuils d'effectifs visés par les textes, selon l'institution en cause, soient franchis. Ce franchissement des seuils se vérifie, en principe, au niveau de l'UES, entendue comme une seule et même entreprise⁸⁴⁰.

La jurisprudence admet sans difficulté que la désignation d'un délégué syndical puisse être faite dans le cadre d'une UES déjà définie par accord ou par décision de justice⁸⁴¹. Le syndicat qui entend désigner un délégué syndical dans une UES reconnue est habilité à le faire. S'il s'avère qu'il y avait déjà un délégué syndical au niveau d'une des sociétés composant l'UES, le syndicat est tenu de révoquer ce mandat avant de procéder à la désignation du délégué syndical au niveau de l'UES⁸⁴². Une fois cette révocation opérée, ou lorsqu'il n'y avait pas eu de désignation antérieure dans le cadre d'une des sociétés de l'UES, le syndicat est tenu de désigner le délégué syndical suivant les modalités fixées par la jurisprudence. Pour ce faire, le syndicat doit être représentatif au niveau de l'UES au regard des conditions fixées par l'article L. 2121-1 du Code du travail⁸⁴³.

⁸³⁹ Cass. soc. 4 avr. 2001, n° 00-60.039

⁸⁴⁰ S'agissant du comité d'entreprise, l'article L. 2322-4 du Code du travail oblige à la mise en place d'un comité d'entreprise commun aux personnes juridiques composant l'UES lorsque celle-ci regroupe « *cinquante salariés ou plus* ». Ce seuil est le même que celui visé par l'article L. 2322-1 du Code du travail : « *un comité d'entreprise est constitué dans toutes les entreprises employant cinquante salariés et plus* ». S'agissant des délégués du personnel, en l'absence de texte spécifique à l'UES, leur mise en place « *n'est obligatoire que si l'effectif de onze salariés et plus est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes* » (C. trav. art. L. 2312-2). S'agissant du délégué syndical, sa désignation suppose le franchissement du seuil de « *cinquante salariés ou plus* » (C. trav. art. L. 2143-3). Un délégué syndical central peut être désigné dans une UES à partir du moment où il n'y a pas d'établissements distincts au sein de l'UES.

⁸⁴¹ Cass. soc. 18 déc. 2000, n° 99-60.456 ; Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.014

⁸⁴² « *La reconnaissance d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées et (...) il appartient aux syndicats représentatifs de désigner des délégués syndicaux dans le cadre de cette unité économique et sociale et de mettre fin aux mandats antérieurs : que la Cour d'appel a exactement décidé que les mandats des délégués syndicaux désignés antérieurement à la reconnaissance de l'unité économique et sociale étaient devenus caducs par suite de cette reconnaissance* » (Cass. soc. 29 avr. 2009, n° 07-19.980, JCP S. 2009, n° 31-35, note A.B. VALOIR).

⁸⁴³ « *Lorsque la désignation d'un délégué syndical s'effectue au niveau d'une unité économique et sociale, le seuil de 10% fixé par l'article L. 2121-1 du code du travail se calcule en additionnant la totalité des suffrages obtenue lors des élections au sein des différentes entités composant l'UES* » (Cass. soc. 5 avr. 2011, n° 10-18.523).

La notification de la désignation doit, en principe, être adressée « *au représentant légal de chacune des entreprises concernées, à peine de nullité de la désignation* »⁸⁴⁴. Mais, elle peut également être faite au représentant légal de la société qui a qualité pour représenter les autres personnes composant l'UES⁸⁴⁵. Cette solution rendue en matière de désignation de délégué syndical peut être comparée avec la désignation d'un représentant syndical. La Cour de cassation décide ainsi que « *la désignation d'un représentant syndical au sein d'une unité économique et sociale n'est valablement notifiée à une seule personne que lorsque celle-ci représente toutes les sociétés composant l'unité économique et sociale* »⁸⁴⁶. Néanmoins, la Cour de cassation assouplit sa position dès lors que c'est la même personne qui dirige les sociétés composant l'UES. Elle affirme ainsi que « *le tribunal d'instance qui a relevé que le Grand conseil de la mutualité et l'UMT, composant l'unité économique et sociale, ont le même président, a décidé à bon droit que la notification de la désignation faite à cette personne, qui emportait nécessairement connaissance de la désignation par le représentant légal de l'UMT et du Grand conseil de la mutualité, était régulière* »⁸⁴⁷. La reconnaissance antérieure de l'UES oblige ainsi le syndicat à respecter les contours de l'UES fixés par convention ou par décision de justice. Il ne peut pas décider unilatéralement d'une modification du périmètre de l'UES sans apporter la preuve d'un changement de l'UES⁸⁴⁸.

295. Comité d'entreprise commun – La mise en place d'un « *comité d'entreprise commun* » aux différentes personnes morales composant l'UES est envisageable en vertu des dispositions de l'article L. 2322-4 du Code du travail. Pour pouvoir se faire, la représentation du personnel existante au niveau de chaque personne morale doit disparaître. La Cour de cassation précise que « *les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale, quelle que soit l'échéance de leur terme* »⁸⁴⁹. Pour la Cour, la reconnaissance de l'UES n'entraîne pas *ipso facto* la fin des mandats en cours. Ceux-ci sont maintenus le temps de l'organisation des nouvelles élections, ce qui permet la présence d'une

⁸⁴⁴ Cass. soc. 26 avr. 2000, n° 99-60.030, Bull. civ. V, n° 155 ; Cass. soc. 6 avr. 2002, n° 00-60.440

⁸⁴⁵ Cass. soc. 29 oct. 2003, n° 02-60.014.

⁸⁴⁶ Cass. soc. 26 nov. 2003, n° 02-60.388, Bull. civ. V, n° 302

⁸⁴⁷ Cass. soc. 18 déc. 2000, n° 99-60.456

⁸⁴⁸ La Cour de cassation décide « *que la délimitation conventionnelle ou judiciaire de cette unité économique et sociale n'interdit pas au juge, s'il constate ultérieurement que des modifications sont intervenues d'en élargir ou d'en restreindre le périmètre* ». En l'espèce, le tribunal d'instance ne pouvait admettre la désignation du délégué syndical au sein d'une UES composée de neuf personnes morales alors qu'une UES avait déjà été reconnue par accord d'entreprise entre ces mêmes personnes morales et une autre personne morale (Cass. soc. 4 avr. 2001, n° 00-60.039).

⁸⁴⁹ Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142 ; JSL 2004, n° 148, 14, obs. J-E. TOURREIL ; RJS 2004, n° 936, 2^e esp. ; Dr. soc. 2004, p. 915, obs. J. SAVATIER ; Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 1228, note B. SAINTOURENS

représentation du personnel durant cette phase électorale. Mais, le jour de l'organisation des élections dans l'UES, les mandats en cours cessent⁸⁵⁰.

En l'absence de représentation élue dans les différentes personnes morales composant l'UES, les articles L. 2324-3 et suivants du Code du travail s'appliquent sans qu'il y ait besoin de mettre fin aux mandats préexistants. L'initiative du processus électoral doit être prise par l'employeur⁸⁵¹, lequel va négocier le protocole d'accord préélectoral avec les organisations syndicales intéressées⁸⁵². Une fois établi le protocole, « *l'élection des délégués du personnel et l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise ont lieu à la même date* »⁸⁵³, conformément à l'article L. 2314-6 du Code du travail. L'UES est ainsi traitée comme une seule entreprise.

296. Conclusion – Lorsque la reconnaissance d'une UES se fait par convention ou par décision de justice, il est obligatoire de mettre en place une représentation du personnel adaptée. L'UES peut être à structure simple, auquel cas elle est considérée comme une entreprise unique. Les représentations institutionnelles mises en place sont communes à toutes les personnes morales composant l'UES. Mais, dans la plupart des cas⁸⁵⁴, l'UES est à structure complexe. Elle est alors perçue comme une entreprise à établissements multiples.

B – L'UES À ÉTABLISSEMENTS MULTIPLES

297. La mise en place des représentants du personnel – « *Souvent* »⁸⁵⁵, la reconnaissance d'une UES s'accompagne d'un découpage en établissements distincts. À l'instar de toute entreprise en droit du travail, l'UES peut être constituée de plusieurs

⁸⁵⁰ En matière de reconnaissance conventionnelle, les parties intéressées peuvent aménager aussi « *la date d'échéance des mandats (prolongation de la durée des mandats)*. Dans cette hypothèse, la représentation désignée peut donc rester en place jusqu'au renouvellement des instances élues » (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 59).

⁸⁵¹ L'employeur est « *celui des chefs d'entreprise qui, au nom de l'ensemble des entités, initiera le processus électoral et probablement celui, qui, ultérieurement sera appelé à présider la plupart des instances de représentation du personnel* », (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 42).

⁸⁵² Parmi les organisations syndicales intéressées, les organisations représentatives sont considérées comme telles « *dans le cadre de l'unité économique et sociale* » (Cass. soc. 27 mai 1997, n° 96-60.068).

⁸⁵³ Cass. soc. 5 avr. 1995, n° 94-60.324, Bull. civ. V, n° 124

⁸⁵⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 46

⁸⁵⁵ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 46

établissements distincts, la Cour de cassation énonçant clairement sur ce point que « *la constatation de l'existence d'une unité économique et sociale n'empêche pas la reconnaissance en son sein d'établissements distincts* »⁸⁵⁶.

Dès lors, avant que ne soient organisées les élections des représentants du personnel dans le cadre de l'UES, les parties intéressées doivent procéder à la reconnaissance des établissements distincts si cela s'avère nécessaire. La reconfiguration de la représentation du personnel (1) doit donc précéder la mise en place de cette représentation au niveau des établissements distincts et de l'UES (2).

1 – la reconfiguration de la représentation du personnel

298. L'accord des parties – Le caractère d'établissement distinct est, en principe, reconnu par protocole d'accord préélectoral. Les parties intéressées procèdent à sa reconnaissance selon les conditions fixées à l'article L. 2314-3-1 du Code du travail. Lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, c'est « *l'autorité administrative* »⁸⁵⁷ qui peut décider de l'existence d'établissements distincts au sein d'une UES et qui fixe alors leurs périmètres.

Le tribunal d'instance n'a pas de compétence en la matière⁸⁵⁸. Il « *méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs* » lorsqu'il décide que « *l'unité économique et sociale constituée par les cinq sociétés nécessitait la mise en place d'un comité central d'entreprise commun, le nombre d'établissements distincts étant fixé ultérieurement* »⁸⁵⁹. De la même manière, une société faisant partie d'une UES ne peut pas organiser des élections en son sein de manière isolée tant que le caractère d'établissement distinct ne lui a pas été reconnu officiellement, « *l'établissement distinct ne pouvant s'apprécier que dans le cadre d'une*

⁸⁵⁶ La Cour de cassation casse ainsi le jugement qui énonçait que « *la conséquence de la constatation de l'unité économique et sociale est l'absence de qualité d'établissement distinct par les sociétés du groupe au sens des délégués syndicaux* » (Cass. soc. 20 mars 2002, n° 01-60.090).

⁸⁵⁷ C. trav. art. L. 2314-31

⁸⁵⁸ « *Attendu cependant que le tribunal d'instance était compétent pour statuer sur l'existence de l'unité économique et sociale revendiquée, lors même que la reconnaissance au sein de cette unité d'établissements distincts pour la mise en place de comités d'établissements dût relever de l'accord des parties ou, à défaut, de la décision du directeur départemental du travail et de l'emploi* » (Cass. soc. 29 oct. 1986, n° 85-60.510, 85-60.512, 85-60.513, 85-60.515, Bull. civ. V, n° 500) ; Il faut toutefois noter que le tribunal d'instance est compétent sur la division en établissements distincts s'agissant des mandataires sociaux (C. trav.art. L. 2143-8).

⁸⁵⁹ Cass. soc. 14 janv. 1988, n° 86-60.508, 86-60.511, Bull. civ. V, n° 46

UES »⁸⁶⁰. Il s'ensuit que la reconnaissance d'une UES oblige les parties à mettre en place une représentation du personnel adéquate, que ce soit au niveau de l'UES entendue comme établissement unique ou que ce soit au niveau de chaque établissement distinct.

299. Coïncidence entre les établissements et les personnes morales – Lorsque les parties entendent reconnaître des établissements distincts au sein d'une UES, elles doivent s'accorder sur le périmètre de chaque établissement distinct. De manière assez simple, il est possible de considérer que les caractéristiques constitutives de l'UES permettent de désigner chaque personne morale comme établissement distinct. Il en est ainsi pour l'établissement distinct au sens du comité d'établissement puisque *« l'autonomie juridique de chaque entité de l'unité économique et sociale permettra, la plupart du temps, de caractériser l'autonomie d'organisation, de gestion nécessaire à la mise en place d'un comité d'établissement dès lors que la structure dispose d'une certaine stabilité et d'une implantation géographique distincte. »*⁸⁶¹.

Concernant la désignation d'un délégué syndical dans un établissement distinct, la jurisprudence considère que *« sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu lors des élections pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement »*⁸⁶². La notion d'établissement distinct peut donc être identique pour le comité d'établissement et pour les délégués syndicaux, à moins que les parties ne décident d'un périmètre plus restreint que celui du comité pour les délégués syndicaux. Par conséquent, dès lors que la qualité d'établissement distinct est attachée à chaque personne morale de l'UES pour la mise en place des comités d'établissement, ce même périmètre pourra être retenu pour la désignation des délégués syndicaux.

La doctrine estime également que l'établissement distinct au sens des délégués du personnel peut correspondre à une personne morale au regard de *« la différenciation juridique*

⁸⁶⁰ Cass. soc. 7 juill. 2004, n° 03-60.144

⁸⁶¹ CE, 26 juill. 1996, n° 152444 ; CE, 27 mars 1996, n° 155791 ; CE, 3 juill. 1996, n° 14771. Telle est l'analyse des auteurs de cet ouvrage qui bâtissent leur raisonnement principalement sur ce constat de la coïncidence des périmètres des personnes morales et des établissements distincts au sein de l'UES (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit.).

⁸⁶² Cass. soc. 18 nov. 2011, n° 10-60.383

*et géographique des entreprises composantes de l'unité économique et sociale, dès lors que l'effectif de onze salariés est atteint »*⁸⁶³.

300. Absence de coïncidence entre l'établissement et la personne morale – Cette analyse doctrinale ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs traitant de l'unité économique et sociale. L'unité économique et sociale peut devenir très complexe dans sa mise en œuvre. Ainsi, au regard des critères de l'établissement distinct, les parties, ou à défaut l'administration, peuvent décider de réunir plusieurs personnes morales dans un seul établissement distinct ou de répartir les salariés d'une personne morale au sein de plusieurs établissements distincts⁸⁶⁴. La jurisprudence ne dit pas que le périmètre d'un établissement distinct reconnu au sein d'une UES doit correspondre à celui d'une entité juridiquement distincte. R. de Lestang remarque à ce propos que *« si est reconnue l'existence au sein de l'unité économique et sociale d'établissements distincts ceux-ci ne coïncideront pas nécessairement avec les sociétés formant le groupe »*⁸⁶⁵. Le découpage de l'UES en plusieurs établissements multiples dépend véritablement de chaque situation. À partir du moment où les établissements distincts sont reconnus au sein d'une UES, la mise en place des institutions représentatives du personnel doit se faire dans le cadre approprié.

2 – la mise en place de la représentation du personnel

301. Comité d'entreprise – Une fois procédé à la reconnaissance d'établissements distincts, la mise en place de la représentation du personnel peut se faire. L'UES est alors considérée comme une entreprise à structure complexe. L'entreprise à établissements distincts fait l'objet de dispositions spécifiques du Code du travail⁸⁶⁶. Ces dispositions s'appliquent dans le cadre de la reconnaissance d'une UES à établissements multiples, même si elles ne répondent pas suffisamment à toutes les questions qui peuvent surgir suite à la reconnaissance d'établissements distincts au sein d'une UES.

⁸⁶³ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 45

⁸⁶⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 45

⁸⁶⁵ R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », Dr. soc. 1979, p. 5. Dans le même sens, J. DANIEL et A. TEISSIER, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », JCP S 2006, 1774 ; J.-B. COTTIN, « Cadre de mise en place d'un CHSCT dans une UES », JCP S 2008, 1255

⁸⁶⁶ C. trav. art. L. 2327-2 et s. s'agissant du comité central d'entreprise

Lorsque la reconnaissance d'établissements distincts a lieu pour la mise en place du comité d'entreprise, celui-ci ne peut pas alors être considéré comme « *commun* » aux différentes personnes morales de l'UES comme l'exige l'article L. 2322-4 du Code du travail. C'est un comité d'entreprise à deux étages qui est ici installé. Au niveau de chaque établissement distinct, il y a un comité d'établissement⁸⁶⁷ et, au niveau de l'UES est mis en place un comité central d'entreprise. Conformément à l'article L. 2327-3, « *le comité central d'entreprise est composé d'un nombre égal de délégués titulaires et de suppléants, élus, pour chaque établissement, par le comité d'établissement parmi ses membres* ». Il ne peut y avoir, en principe, plus de « *vingt titulaires et vingt suppléants* »⁸⁶⁸ au comité central d'entreprise « *sauf accord conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives* »⁸⁶⁹. La mise en place de ces comités d'établissement et de ce comité central d'entreprise se fait selon les règles fixées par le Code du travail si aucune représentation du personnel n'était présente jusqu'à lors au niveau de chaque personne morale composant l'UES⁸⁷⁰.

En revanche, dès lors qu'il y avait déjà une représentation du personnel dans le cadre des différentes personnes morales, il y a lieu de procéder à de nouvelles élections au niveau des établissements distincts fixés par les parties intéressées ou par l'administration. Ces élections entraînent alors la disparition de cette représentation du personnel préexistante⁸⁷¹, cette dernière n'étant pas propre à l'unité économique et sociale. Les auteurs de l'ouvrage « *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise* »⁸⁷² suggèrent toutefois que le maintien de cette représentation préexistante puisse se faire à partir du moment où le périmètre de l'établissement correspond à celui de la personne morale⁸⁷³. Les comités d'entreprise qui existaient jusqu'à lors deviennent des comités d'établissement et ces comités élisent les titulaires et les suppléants au comité central d'entreprise. Il n'y aurait pas alors

⁸⁶⁷ « *La mise en place d'un comité central d'entreprise au sein d'une telle unité (économique et sociale) est subordonnée à la création de comités d'établissements* », Cass. soc. 14 janv. 1988, n° 86-60.509, 86-60.511, Bull. civ. V, n° 46

⁸⁶⁸ C. trav. art. D. 2327-1

⁸⁶⁹ C. trav. art. préc.

⁸⁷⁰ La jurisprudence précise simplement que « *le principe de simultanéité pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'établissement contenu à l'article L. 423-19 du Code du travail, n'implique pas que les élections aient lieu à la même date dans tous les établissements distincts de la même entreprise* » (Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 04-60.005, Bull. civ. V, n° 298).

⁸⁷¹ Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935

⁸⁷² P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 60 et s.

⁸⁷³ « *En fonction de la configuration préexistante de représentation du personnel, celle-ci peut s'avérer constituer une représentation appropriée du personnel permettant la poursuite des mandats* » (P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 45).

besoin de procéder à de nouvelles élections. Les auteurs admettent toutefois que « *en réalité, les scenarii peuvent être relativement complexes* »⁸⁷⁴, notamment si au sein des personnes morales il y avait déjà une structure complexe. Il en résulte que « *la pérennité des structures antérieures de représentation du personnel va donc être étroitement dépendante du découpage éventuel en établissements distincts des différentes entités susceptibles de composer l'unité économique et sociale* »⁸⁷⁵.

Au regard de la jurisprudence, cette analyse doctrinale semble conforme à la première partie du principe fixé par la Cour de cassation⁸⁷⁶. Mais, la Cour de cassation précise, dans la seconde partie de son raisonnement, que « *les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale* »⁸⁷⁷. La disparition des mandats paraît être la règle, de même que l'organisation de nouvelles élections. Il paraît délicat de procéder, en fonction du périmètre des établissements, au seul changement de nom et de ne pas organiser de nouvelles élections.

302. Délégué syndical – Dans les UES à structure complexe, les organisations syndicales peuvent procéder à la désignation d'un délégué syndical d'établissement et d'un délégué syndical central. Pour cela, elles doivent être « *représentatives* » conformément aux dispositions des articles L. 2121-1 et suivants du Code du travail. L'audience constitue le principal critère auquel elles doivent satisfaire. Il faut en effet que les organisations aient, « *dans l'entreprise ou l'établissement, (...) recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* »⁸⁷⁸. Lorsque la représentation élue a été installée suite à la reconnaissance d'une UES, l'audience est ainsi mesurée au niveau de l'établissement lorsqu'une organisation entend désigner un délégué syndical d'établissement. La jurisprudence estime alors que la

⁸⁷⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 61

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ « *La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées* » décide la Cour de cassation (Cass. soc 26 mai 2004, préc.). Maintenir les institutions en place au niveau des personnes morales dès lors que cela correspond aux établissements distincts ne contredit pas cette jurisprudence.

⁸⁷⁷ Cass. soc 26 mai 2004, préc.

⁸⁷⁸ C. trav. art. L. 2122-1

désignation du délégué syndical d'établissement doit être simplement notifiée au chef d'établissement⁸⁷⁹.

Lorsqu'il s'agit de désigner un délégué syndical central, l'audience de l'organisation syndicale se mesure au niveau de l'UES. La Cour de cassation dispose, sur ce point, que *« lorsque la désignation d'un délégué syndical s'effectue au niveau d'une unité économique et sociale, le seuil de 10% fixé par l'article L. 2121-1 du Code du travail se calcule en additionnant la totalité des suffrages intervenus lors des élections au sein des différentes composantes de l'unité économique et sociale »*⁸⁸⁰. Une organisation syndicale doit dès lors attendre que l'ensemble des élections dans l'unité économique et sociale ait eu lieu pour pouvoir mesurer sa représentativité au sein de cette UES.

303. Conclusion – L'UES peut être à structure simple ou à structure complexe. La mise en place des institutions représentatives du personnel s'effectue alors au niveau de l'UES comme dans toute entreprise en droit du travail. L'exercice du mandat électoral semble, en revanche, plus délicat. Il oblige à une plus grande adaptation des règles du droit du travail.

Section 2

L'UES, une entreprise pour l'exercice du mandat électoral

304. L'application et l'adaptation de la législation du travail – Dans le cadre d'une UES, les institutions représentatives du personnel exercent leur mandat électoral dans une entreprise à part entière. L'ensemble de la législation sur le droit du travail qui porte sur

⁸⁷⁹ « dans le cas où l'unité économique et sociale résulte d'un accord collectif la désignation ne doit être notifiée qu'à celui qui remplit la fonction de chef d'établissement », et non pas à toutes les sociétés ou personnes constituant l'unité économique et sociale. En l'espèce, alors qu'« un accord avait reconnu l'existence d'une unité économique et sociale entre Total et TRD, ainsi que sa division en établissements distincts » et que « le directeur des ressources humaines de TRD destinataire de la notification de sa désignation avait une délégation de pouvoir », le tribunal d'instance n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a ainsi violé l'ancien article L. 412-16 du Code du travail, aujourd'hui article L. 2143-7 du Code du travail (Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-60.535, Bull. civ. V, n° 196). Dans le même sens, Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.112 ; Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.284

⁸⁸⁰ Cass. soc. 5 avr. 2011, n° 10-18.523 ; Cass. soc. 22 sept. 2010, n° 09-60.435.

l'entreprise s'applique pareillement à l'UES. L'UES peut alors être assimilée à une entreprise en droit du travail⁸⁸¹ (§1). Mais, ce schéma simple ne reflète pas nécessairement toute la réalité. L'UES fait généralement l'objet d'un découpage en établissements distincts. De plus, la présence de personnes morales au sein de l'UES complexifie beaucoup l'application des règles du droit du travail. Il ne faut ainsi pas sous-estimer la spécificité de la notion d'UES. L'UES est une entreprise particulière qui amène à chercher des réponses adaptées (§2).

§1 – L'ASSIMILATION DE L'UES À UNE ENTREPRISE À PART ENTIÈRE

305. La mise en œuvre de la législation du travail – Le législateur n'a pas prévu de règles de droit particulières pour l'exercice des mandats des représentants du personnel. L'installation des représentants du personnel entraîne dès lors la mise en œuvre de la législation applicable à l'« entreprise ». Lorsque les représentants du personnel agissent dans le cadre d'une UES, ils interviennent dans le cadre d'une entreprise (A). En appréhendant l'UES comme une véritable entreprise pour les instances représentatives du personnel, la jurisprudence peut être amenée à nier le lien contractuel unissant le représentant du personnel et son employeur. Dans certaines situations, le lien d'entreprise est révélé et vient transcender le lien contractuel (B).

A – L'EXERCICE DU MANDAT DE REPRÉSENTANT DU PERSONNEL

306. Représentants désignés et élus – Elus ou désignés au sein d'une UES, les représentants du personnel doivent pouvoir exercer, dans ce cadre, toutes les prérogatives qui découlent de leur mandat. Il ne doit pas y avoir de remise en cause des droits liés à leur mandat, même si, en pratique, l'existence d'une UES ne facilite pas toujours l'exercice des

⁸⁸¹ Tel est le cas dans un arrêt du 21 septembre 2005 dans lequel la Cour entend assimiler l'UES à l'entreprise. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir indemnisé l'ancien salarié sur le fondement de l'article L. 1235-5 du Code du travail en décidant que « *la cour d'appel, qui a constaté la présence d'une institution représentative du personnel au sein de l'unité économique et sociale dont relève l'employeur et en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu de mentionner dans la lettre de convocation du salarié à l'entretien préalable la faculté pour celui-ci de se faire assister d'un conseiller extérieur à l'entreprise, a tiré les conséquences de cette constatation* ». L'UES ayant en son sein des représentants du personnel constitue l'entreprise au regard de la représentation du personnel. Il y a dès lors déjà un conseiller au niveau de cette UES-entreprise (Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-44.810).

droits des représentants du personnel. Il est vrai que le rassemblement de plusieurs personnes juridiques au sein de l'UES⁸⁸², ainsi que la possibilité d'être en présence de lieux de travail dispersés géographiquement peuvent constituer un sérieux frein pour les représentants du personnel. Pour autant, ces éléments perturbateurs ne doivent pas entraver les fonctions⁸⁸³ des instances représentatives du personnel, que ce soient les représentants désignés (1) ou les représentants élus (2).

1 – l'exercice du mandat de délégués

307. UES à structure simple – Les délégués syndicaux ne sont pas visés par la loi pour agir dans le cadre de l'UES. La jurisprudence leur permettant toutefois d'exercer leur mission dans ce cadre⁸⁸⁴, il s'ensuit que les délégués syndicaux mènent, au sein d'une UES, les missions qui sont fixées par la loi⁸⁸⁵ et la jurisprudence⁸⁸⁶ pour les délégués syndicaux agissant dans toute « entreprise ». Un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1996⁸⁸⁷ résume en quelques termes la mission principale du délégué syndical et son lien d'attachement avec l'entreprise. La chambre sociale précise que « la mission des délégués syndicaux, qui consiste

⁸⁸² En présence d'une UES, il n'y a pas d'assimilation entre l'entreprise et la personne morale. Il n'est dès lors pas possible de prendre appui sur la société pour pouvoir interpréter facilement le Code de travail lorsque celui-ci vise « l'entreprise ».

⁸⁸³ Le délit d'entrave serait alors caractérisé (à titre d'exemple, « le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros », C. trav. art. L. 2328-1).

⁸⁸⁴ Cass. soc. 3 juill. 1985, n° 85-60.060, Bull. civ. V, n° 401

⁸⁸⁵ L'article L. 2143-3 du Code du travail cantonne le rôle du délégué syndical à la représentation du syndicat « auprès de l'employeur ». Les articles L. 2232-11 et suivants du Code du travail visent la négociation et la conclusion des accords collectifs d'entreprise. Ils précisent le rôle primordial du délégué syndical dans ce domaine.

⁸⁸⁶ La chambre criminelle et la chambre sociale de la Cour de cassation sont venues préciser, dans des arrêts relativement anciens, les rôles respectifs des délégués syndicaux et des délégués du personnel lorsqu'ils coexistent dans une entreprise. Les juges décident ainsi que « les délégués du personnel ont essentiellement pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles et collectives qui n'auraient pas été directement satisfaites » (Cass. soc. 6 oct. 1977, n° 76-40.738, Bull. civ. V, n° 518). Cette jurisprudence est conforme à l'article L. 2313-1 du Code du travail lequel stipule que les délégués du personnel « ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives ». Elle vient, par ailleurs, conforter la position prise par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 mai 1973 (Cass. soc. 24 mai 1973, n° 71-93.051, Bull. crim. n° 239 ; D. 1973, p. 599) qui décidait que « les délégués du personnel, s'ils demeurent compétents pour présenter à l'employeur les réclamations relatives à l'application des taux de salaires, n'ont plus qualité pour lui présenter les demandes de modification de ces mêmes taux ». En revanche, la chambre sociale n'admet pas que les délégués du personnel puissent présenter les revendications à l'employeur lorsqu'il n'existe pas de délégués syndicaux, alors que la chambre criminelle prévoyait une telle possibilité. Les délégués syndicaux ont donc un rôle nettement délimité par la jurisprudence. Ils sont là pour faire, auprès de l'employeur, « la présentation des revendications tendant à une modification des droits des salariés » (note J. SAVATIER, D. 1973, p. 599).

⁸⁸⁷ Cass. soc. 13 juin 1996, n° 95-41.460, Bull. civ. V, n° 238

à représenter leur syndicat dans l'entreprise, ne peut être exercée en tout lieu que dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés ».

Le délégué syndical exerce sa mission de représentation dans une seule entreprise. Il ne peut agir qu'à l'égard de celle qui l'a désigné pour agir en tant que représentant du personnel. En général, il va s'agir de la société à laquelle il est lié contractuellement. Dans cette entreprise, il y soutient les droits et intérêts à la fois des salariés syndiqués et de l'ensemble de la collectivité du personnel⁸⁸⁸. Lorsque cette entreprise prend les contours d'une UES, il agit alors dans un cadre élargi. Désigné pour exercer sa mission dans une UES, « *l'entreprise* » visée par l'arrêt du 13 juin 1996 et qui constitue le périmètre d'action autorisée du délégué syndical correspond alors au périmètre de l'UES. La collectivité de travail qu'il est amené à représenter rassemble dès lors les salariés de plusieurs personnes morales qui sont tous unis dans une même entreprise, l'UES.

À partir du moment où l'UES est à structure simple, le délégué syndical est amené à circuler dans l'enceinte de l'UES, dont le périmètre est bien supérieur à celui de sa propre entreprise. Lors de ses déplacements, il y défend les intérêts de salariés qui ne sont pas nécessairement liés au même employeur que lui et il a pour interlocuteurs des mandataires sociaux auxquels il n'est pas rattaché contractuellement. Par ailleurs, l'UES étant à établissement unique, les réunions syndicales qui ont lieu une fois par mois, conformément aux dispositions des articles L. 2142-10 et L. 2142-11 du Code du travail, réunissent les salariés rattachés à plusieurs personnes morales. Les délégués syndicaux doivent ainsi être en mesure de mener pleinement leurs missions au sein de l'UES entendue comme entreprise en droit du travail. Il en est de même du comité d'entreprise.

2 – l'exercice du mandat de membre du comité d'entreprise

308. Comité d'entreprise commun – Le comité d'entreprise est visé par la loi en matière d'UES, mais il y a peu de précisions apportées par le législateur sur les attributions et le fonctionnement du comité d'entreprise. La seule particularité notée ici par la loi tient au fait que le comité d'entreprise est « *commun* » à plusieurs personnes morales. L'article L. 2322-4

⁸⁸⁸ J. DANIEL, A. TEISSIER, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », JCP S. 2006, 1774

du Code du travail n'apporte pas de précision complémentaire sur le fonctionnement de ce comité d'entreprise existant dans une UES. Il s'ensuit que les attributions précisées par la loi au chapitre III du Titre II sur le comité d'entreprise valent pareillement pour le « *comité d'entreprise commun* ».

L'application de ce chapitre a fait l'objet de peu ou prou de jurisprudence de la part de la Cour de cassation⁸⁸⁹. Cette absence de jurisprudence significative peut révéler une application sans difficulté des dispositions législatives mais, peut également suggérer la négociation d'accords relatifs au comité d'entreprise au sein de l'UES⁸⁹⁰. Le raisonnement juridique suivi par les différents protagonistes doit *a priori* suivre une ligne directrice simple. L'UES est considérée comme une entreprise en droit du travail. Le comité d'entreprise commun agit dans le cadre d'une UES laquelle est constitutive d'une entreprise. La référence récurrente faite à l'entreprise par le Code du travail aboutit à appliquer les règles s'y référant au « *comité d'entreprise commun* ».

309. Activités économiques – En matière d'attributions économiques, le comité d'entreprise commun est compétent pour toute question intéressant la collectivité de travail de l'entreprise. C'est ainsi qu'il est notamment informé et consulté sur « *l'organisation et la marche de l'entreprise* »⁸⁹¹. À ce titre, il est informé et consulté « *sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* »⁸⁹² qui concernent l'entreprise-UES. Cette consultation nécessite au préalable la transmission d'informations utiles au comité d'entreprise.

La loi opère une distinction, sur ce point, selon la forme de l'entreprise. Les informations fournies au comité d'entreprise ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de sociétés commerciales, visées à l'article L. 2323-8 du Code de commerce, ou d'« *entreprises ne revêtant pas la forme de société commerciale* », visées à l'article L. 2323-9 du Code de commerce. Au-delà de cette distinction, la loi garde, malgré tout, comme ligne directrice la notion d'entreprise. Le mandat du comité d'entreprise concerne la seule entreprise, qu'il s'agisse d'une entreprise « *classique* » ou d'une UES.

⁸⁸⁹ La jurisprudence peut être toutefois appelée à réguler les relations entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise. À titre d'exemple, Cass. soc. 28 nov. 2007, n° 06-12.977, JCP S. 2008, 1154

⁸⁹⁰ V. *supra*, n° 339 et s.

⁸⁹¹ Titre de la sous-section 2 de la section I du Code du travail sur les attributions économiques

⁸⁹² C. trav. art. L. 2323-6

310. Activités sociales et culturelles – L'entreprise prend également corps pour l'ensemble du personnel de l'UES par l'intermédiaire des activités sociales et culturelles menées par le « *comité d'entreprise commun* ». Celui-ci gère exclusivement les activités sociales et culturelles⁸⁹³. Il en assure librement la gestion ou le contrôle. Les salariés de l'ensemble des personnes morales de l'UES, et leur famille, doivent pouvoir être en mesure de bénéficier de ces activités.

Ces activités génèrent un chiffre d'affaires important et participent aussi à la construction d'un sentiment d'attachement à l'entreprise. Dans le cadre de l'UES, ceci est d'autant plus compréhensible et nécessaire qu'il existe plusieurs personnes morales, que les salariés ont des employeurs différents et que les lieux de travail peuvent être multiples et éloignés les uns des autres. La mise en œuvre d'activités sociales et culturelles communes à l'ensemble des sociétés de l'UES, doit pouvoir permettre aux salariés de se considérer comme faisant partie d'une seule et même entreprise. Ainsi, le lien d'attachement à l'entreprise-UES peut être fortement ressenti par la mise en place « *des institutions sociales de prévoyance et d'entraide* » ou encore par « *les activités sociales et culturelles tendant à l'amélioration des conditions de bien-être, telles que les cantines, les coopératives de consommation, les logements, les jardins familiaux, les crèches, les colonies de vacances* »⁸⁹⁴. Ces activités facilitent l'échange et la rencontre au sein de la collectivité de travailleurs de l'UES, ce qui permet de consolider les liens entre le personnel. L'attractivité de l'UES apparaît alors inexorablement. La présence d'un comité d'entreprise commun permet à l'ensemble des salariés de profiter d'une offre plus importante, en matière d'activités sociales et culturelles, que celle qu'aurait pu proposer séparément chacun des comités d'entreprise mis en place au niveau de chaque personne morale composant l'UES.

Les représentants du personnel installés au niveau d'une UES exercent en réalité leur mandat dans une même entreprise. Il résulte de ce constat que, dans certaines situations, le lien contractuel qui demeure, en principe, entre l'employeur et le représentant du personnel durant son mandat peut être virtuellement effacé au profit du lien d'entreprise.

⁸⁹³ C. trav. art. L. 2323-83

⁸⁹⁴ C. trav. art. R. 2323-20

B – LA TRANSCENDANCE DU LIEN D'ENTREPRISE SUR LE LIEN CONTRACTUEL

311. Représentation dans les organes sociaux. La reconnaissance d'une UES à structure simple oblige les représentants du personnel à exercer leur mandat au niveau de l'UES sans tenir compte des découpages juridiques. Or, ces personnes morales existent toujours. Dans les organes sociaux de ces personnes morales, une représentation du comité d'entreprise doit ainsi pouvoir se faire. Les représentants présents ne sont alors pas nécessairement salariés de ces sociétés. Ceci constitue un exemple de la substitution possible du lien d'entreprise au lien contractuel (1). De manière générale, à partir du moment où il n'y a pas d'établissements distincts au sein de l'UES, les représentants du personnel effectuent leur prestation de travail au sein d'une société et accomplissent leur mission dans un périmètre plus large. Il y a alors une dissociation possible entre le lien d'entreprise et le lien contractuel (2).

1 – la représentation du comité d'entreprise dans les organes sociaux

312. Participation du comité d'entreprise commun aux organes sociaux – Le comité d'entreprise peut être représenté dans les organes sociaux. Les articles L. 2323-62 et suivants du Code du travail prévoient une participation du comité d'entreprise aux séances du conseil d'administration, au conseil de surveillance des sociétés anonymes ou auprès de l'organe social des sociétés par actions simplifiées, ainsi qu'aux assemblées générales des actionnaires. La loi tient à préciser que cette représentation a lieu « *dans les sociétés* »⁸⁹⁵. Dans ce cadre-là, « *deux membres du comité d'entreprise [...] assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon le cas* »⁸⁹⁶.

À partir du moment où il y a un comité d'entreprise au niveau d'une société pourvue d'un conseil d'administration ou de surveillance, le comité d'entreprise doit être en mesure d'assister aux réunions des organes sociaux. L'UES est elle-même composée de plusieurs personnes juridiques, généralement des sociétés. En l'absence de disposition légale particulière sur l'UES portant sur la représentation du comité d'entreprise auprès des organes

⁸⁹⁵ C. trav. art. L. 2323-62. Cette expression vise indifféremment toutes les sociétés qui comportent un conseil d'administration ou un conseil de surveillance.

⁸⁹⁶ C. trav. art. L. 2323-62

sociaux, ce sont les règles générales visées par le Code du travail qui s'appliquent. L'existence d'un comité d'entreprise dans le cadre d'une UES entraîne l'application des articles L. 2323-62 et suivants du Code du travail. Au niveau de chacune des sociétés de l'UES, des membres du comité d'entreprise doivent le représenter auprès de l'organe dirigeant. Le comité commun « *peut désigner deux de ses membres en vue d'assister avec voix consultative à toutes les séances des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés constituant l'unité économique et sociale* »⁸⁹⁷.

313. Représentation de membres élus non salariés – L'existence d'une UES peut alors expliquer « *la dissociation entre lien d'entreprise et lien contractuel* »⁸⁹⁸. Il peut arriver que les délégués, auprès du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, « *ne soient pas salariés de l'entité considérée* »⁸⁹⁹. L'administration⁹⁰⁰, la jurisprudence⁹⁰¹ et la doctrine⁹⁰² admettent cette situation particulière pour les salariés délégués « *puisque'ils font partie ensemble d'une communauté d'intérêt au plan économique* »⁹⁰³.

Cette situation peut, d'une part, se rencontrer lorsque le nombre de membres élus au comité d'entreprise est inférieur au nombre de personnes juridiques composant l'UES⁹⁰⁴. Une des sociétés de l'UES n'a alors pas de représentant auprès du comité d'entreprise. Celui-ci devant toutefois être présent lors des séances de conseil d'administration ou de surveillance de la société, ce sont alors des membres non salariés qui sont chargés d'assister aux séances de l'organe dirigeant.

Cette situation peut, d'autre part, se vérifier lorsqu'une société dépourvue de personnel est incluse dans le périmètre de l'UES. « *La circonstance qu'une société n'ait pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* » décide la Cour de cassation dès 1997⁹⁰⁵. Ce manque d'adéquation parfaite entre l'unité économique et l'unité sociale est admis par la Cour de cassation. Cela

⁸⁹⁷ Extrait de la lettre du Bureau D.S 2 : Lettre min. DRT n° 3923, 12 nov. 1986

⁸⁹⁸ J. SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale (à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997) », Dr. soc. 1997, p. 349

⁸⁹⁹ J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.

⁹⁰⁰ Lettre min. préc.

⁹⁰¹ CA Paris, 12 janv. 1982 : Juris-Data n° 1982-022076 ; Gaz. Pal. 1982, 1, somm. p. 81

⁹⁰² J. BARTHELEMY, *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, Paris, 1991, n° 8211, p. 249

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ Une autre hypothèse est pareillement envisageable : il s'agit de la situation dans laquelle, pour l'élection des membres du comité d'entreprise, il n'a pas été prévu une représentation minimale par personne juridique composant l'UES. L'UES, comprise comme entreprise unique à établissement unique, peut voir les membres du comité d'entreprise être issus de seulement quelques sociétés de l'UES et non pas de l'ensemble des sociétés, alors qu'une telle situation aurait pu être envisageable.

⁹⁰⁵ Cass. soc. 21 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 28 ; RJS 1997, n° 300 ; Dr. soc. 1997, p. 347, obs. J. SAVATIER

entraîne alors comme conséquence que ce sont des membres du comité d'entreprise commun « *qui exerceront dans la société holding les attributions économiques du comité d'entreprise* »⁹⁰⁶, et notamment, celles d'assister « *aux réunions de l'organe dirigeant d'une société dont ils ne sont pas les salariés* »⁹⁰⁷. Le fait que la société n'ait pas de personnel n'empêche, en effet, pas l'application de la règle de droit. La loi s'applique, nonobstant cette absence de personnel. Pour les réunions des organes sociaux, la présence obligatoire des représentants du personnel doit être respectée.

En présence d'une UES reconnue, un même salarié peut être à la fois lié contractuellement à son employeur, lequel lui donne des ordres et des directives dans le cadre de son contrat de travail, et être lié à l'UES en tant qu'entreprise, « *qui, sans être employeur, devient un lieu d'exercice de droits collectifs et individuels* »⁹⁰⁸.

2 – la dissociation entre le lien d'entreprise et le lien contractuel

314. Mandat mené dans toute l'UES – L'exercice de la mission de représentant des salariés au niveau d'une UES à structure simple implique que le représentant ne reste pas cantonné dans le périmètre de la personne morale qui l'emploie. Le représentant mène à bien son mandat au niveau de chacune des personnes morales englobées dans l'unité économique et sociale. En outre, il exerce ses fonctions pour l'ensemble du personnel de l'UES et pas uniquement pour les salariés qui sont liés au même employeur que lui. Le lien contractuel qui l'unit à son employeur s'efface alors au profit du lien d'entreprise, durant les périodes d'exercice de son mandat.

315. Droit d'alerte économique – La transcendance du lien d'entreprise sur le lien contractuel apparaît pour l'exercice du droit d'alerte économique, dévolu au comité d'entreprise qui « *a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* »⁹⁰⁹, et qui n'obtient pas de réponse suffisante de l'employeur⁹¹⁰. Lorsque de tels faits concernent une entité de l'unité économique et sociale, le comité d'entreprise commun est tenu de déclencher la procédure. Le comité d'entreprise est

⁹⁰⁶ J. DANIEL, A. TEISSIER, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », JCP S 2006, 1774

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ C. trav. art. L. 2323-78, al. 1

⁹¹⁰ Outre l'absence de réponse suffisante, l'article L. 2323-78 al. 3 du Code du travail prévoit l'hypothèse d'une réponse qui « *confirme le caractère préoccupant de la situation* ».

alors chargé d'établir un rapport qui « *est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes* »⁹¹¹. Dans le cadre d'une UES, la rédaction du rapport se fait par certains membres du comité d'entreprise choisis pour leur qualité rédactionnelle ou leur connaissance de la question en jeu, peu importe que les faits préoccupants ne concernent pas les sociétés auxquelles ils sont liés contractuellement.

316. Procédures collectives – Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, une disposition du Code de commerce peut retenir l'attention concernant la transcendance du lien d'entreprise sur le lien contractuel. Le législateur prévoit en effet que le comité d'entreprise est invité par le tribunal à « *désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise* »⁹¹² lorsque la procédure de sauvegarde est déclenchée. Dès lors que l'UES est assimilée à l'entreprise, ce représentant « *peut être un salarié de l'unité économique et sociale même n'appartenant pas à l'entreprise en difficulté* »⁹¹³. Si cette hypothèse doctrinale était confirmée par la jurisprudence, cela signifierait donc que le périmètre de l'UES peut constituer le périmètre de l'entreprise au-delà des seuls représentants du personnel. Ceux-ci auraient alors la possibilité de faire fi de la relation contractuelle pour les salariés eux-mêmes.

317. Conclusion – Dans le cadre d'une UES, la notion d'« *entreprise* » prend toute sa signification pour la mission des représentants du personnel. Pour autant, le fonctionnement de cette « *entreprise-UES* » n'apparaît pas toujours facile. La simple application des règles fixées par le Code du travail ne suffit pas pour permettre aux instances de représentation du personnel d'exercer leurs missions. L'UES se révèle être une entreprise particulière. La transposition de la législation sur les institutions représentatives du personnel en matière d'UES est complexe.

⁹¹¹ C. trav. art. L. 2323-78, al. 4

⁹¹² C. com. art. L. 621-4, al. 2

⁹¹³ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 71

§2 – LA PARTICULARITÉ DE L’UES ENTENDUE COMME « ENTREPRISE »

318. L’interprétation des règles du droit du travail – L’application *stricto sensu* des règles du Code du travail en matière de fonctionnement des institutions représentatives du personnel n’est pas toujours possible. L’existence d’une UES peut être source de difficultés pour le fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Les règles du droit du travail peuvent s’avérer délicates à mettre en œuvre comme telles, voire même contraignantes pour un fonctionnement optimal des institutions représentatives du personnel. Le législateur a édicté des règles pour le fonctionnement des institutions représentatives du personnel sans se préoccuper de leur applicabilité à l’UES. La loi, en visant essentiellement l’« entreprise » comme périmètre d’application des règles de droit, ne précise pas la forme que doit prendre l’entreprise. L’assimilation de l’UES à l’entreprise en matière d’institutions représentatives du personnel se fait en grande partie sans heurts. Mais, les règles doivent toutefois être interprétées à la lumière de l’UES lorsque cela est nécessaire. Il faut une adaptation des règles à la spécificité de l’UES-entreprise pour que les instances de représentation du personnel puissent exercer leurs missions de manière effective. L’existence d’une UES entraîne ainsi parfois une adaptation des règles, sans que soit pour autant dénaturée l’UES comme entreprise (A).

Une des difficultés en la matière tient au fait que l’UES se compose d’entités juridiques autonomes. Trois éléments sont alors à prendre en compte, à savoir l’UES, l’établissement distinct et la société. Le droit du travail et le droit des sociétés coexistent et font de l’UES une entreprise spécifique (B).

A – LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DES RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL À L’UES

319. Exemple du droit syndical – Le problème d’adaptation des règles de droit peut être illustré en matière d’exercice du droit syndical. La loi permet aux sections syndicales d’obtenir la mise à disposition de divers moyens matériels à leur profit. Qu’il s’agisse de locaux syndicaux ou de panneaux d’affichage, ces moyens profitent aux délégués syndicaux.

Mais, lorsque l'UES est à structure simple, la difficulté d'appliquer la loi peut être notée et oblige à adapter la loi à la situation particulière de l'UES.

L'article L. 2142-8 du Code du travail oblige l'« employeur » à mettre « à la disposition des sections syndicales un local commun convenant à l'exercice de la mission de leurs délégués ». L'article L. 2142-3 du Code du travail oblige, quant à lui, à la mise à disposition de panneaux pour « l'affichage des communications syndicales ». En présence d'une UES, appliquer ces règles peut être complexe. Si l'UES est composée de plusieurs entités juridiques distantes les unes des autres, se pose alors la question de la localisation du local syndical et des panneaux d'affichage. Faut-il un seul local syndical pour l'UES dans son ensemble ou un local pour chacune des composantes de l'UES ? La même question vaut pareillement s'agissant des panneaux d'affichage.

320. Le local syndical – La loi prévoit un local syndical pour l'ensemble des sections syndicales, si l'entreprise comporte « plus de deux cents salariés »⁹¹⁴, et un local syndical par section syndicale, si l'entreprise comporte « mille salariés et plus »⁹¹⁵. La loi ne prévoit en aucune façon qu'il y ait nécessairement un local syndical sur chaque site de l'entreprise. L'UES, lorsqu'elle constitue un seul établissement, n'a alors qu'un seul local syndical, nonobstant l'existence de plusieurs lieux de travail, distants les uns des autres. L'employeur et les sections syndicales doivent dès lors opérer un choix quant à l'endroit du local. L'article L. 2142-9 du Code du travail prévoit l'existence d'un tel accord, mais uniquement concernant « les modalités d'aménagement et d'utilisation par les sections syndicales des locaux ». Le choix du lieu ne rentre pas *a priori* dans le cadre de l'accord prévu légalement. Et, pourtant, dès lors que les conditions sont remplies pour qu'un local syndical existe, l'employeur est tenu d'en mettre un à la disposition des sections syndicales et des délégués syndicaux.

321. Les panneaux d'affichage – Une question similaire se pose pour les panneaux d'affichage. La loi n'apporte pas de précision sur les lieux de pose des panneaux d'affichage. Il est simplement précisé que ce sont des panneaux « distincts de ceux affectés aux communications des délégués du personnel et du comité d'entreprise »⁹¹⁶ et que « les panneaux sont mis à la disposition de chaque section syndicale suivant des modalités fixées

⁹¹⁴ C. trav. art. L. 2142-8 al. 1

⁹¹⁵ C. trav. art. L. 2142-8 al. 2

⁹¹⁶ C. trav. art. L. 2142-3, al. 1

par accord avec l'employeur »⁹¹⁷. Chaque section syndicale est donc habilitée à afficher ses communications syndicales sur les panneaux. Or, le domaine de compétence de la section syndicale, c'est « *l'entreprise ou l'établissement* », selon les dispositions de l'article L. 2142-1 du Code du travail. La section syndicale « *qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres* » et ceci, « *au sein de l'entreprise ou de l'établissement* »⁹¹⁸, bénéficie de ce fait de panneaux d'affichage dans l'entreprise, lorsqu'il n'y a pas d'établissements au sein de l'entreprise.

Dans le cadre de l'entreprise-UES, il faut alors résoudre le problème du lieu de pose des panneaux. À la lecture des textes de loi, les employeurs de chacune des personnes morales composant l'UES ne semblent pas être obligés de mettre en place de tels panneaux. Et, pourtant, une telle solution semble se justifier au regard de l'objet des panneaux syndicaux. Ceux-ci permettent aux salariés d'une entreprise d'avoir connaissance des communications syndicales. Afin d'assurer une bonne information sur les actions syndicales, il faut que l'ensemble des salariés de l'UES, c'est-à-dire les salariés de chacune des entités composant l'UES, puissent y avoir accès sur leur lieu de travail. S'il est vrai qu'un affichage électronique ou la diffusion des informations syndicales par messagerie interne permettrait de résoudre cette difficulté, cette solution n'est pas pleinement conforme au texte de loi.

322. Conclusion – Les exemples⁹¹⁹ relatifs au local syndical et aux panneaux d'affichages sont révélateurs de la difficulté que peuvent rencontrer les représentants du personnel⁹²⁰ lorsqu'ils veulent mener à bien leurs diverses missions au sein de l'UES. En l'état actuel des textes, la seule solution consiste en « *la négociation d'un accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'UES* »⁹²¹, et ceci, afin de « *répondre à l'élargissement de la collectivité du personnel au-delà des découpages consacrés par le droit des sociétés* »⁹²². La nécessité d'un accord collectif apparaît d'autant plus que l'UES se compose de personnes juridiques qui gardent leurs caractéristiques propres.

⁹¹⁷ C. trav. art. L. 2142-3, al. 3

⁹¹⁸ C. trav. art. L. 2142-1

⁹¹⁹ Deux autres exemples peuvent être cités : l'utilisation des heures de délégation et l'information économique

⁹²⁰ Ces mêmes questions se posent pour les membres du comité d'entreprise et les délégués du personnel

⁹²¹ J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.

⁹²² *Ibid.*, p. 17

B – LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE DES PERSONNES JURIDIQUES COMPOSANT L'UES

323. L'entremêlement de personnes morales – La particularité principale de l'UES tient au fait que l'UES est composée de plusieurs personnes juridiques, le plus souvent des sociétés. Pour l'exercice des mandats des instances représentatives du personnel, cette spécificité est à prendre en considération. Ce sont ici trois éléments qui s'entremêlent : il faut, tout d'abord, considérer l'UES comme une entreprise en droit du travail et de ce fait, lui appliquer les règles du droit du travail relatives à l'entreprise. Il faut, ensuite, pouvoir intégrer la notion d'établissement distinct lorsque l'UES est scindée en deux établissements distincts au moins. Les rapports entre l'UES comme entreprise et l'UES comme entreprise à établissements distincts sont alors à créer et à harmoniser. Cette difficulté, qui existe par ailleurs dans toute entreprise à établissements multiples⁹²³, est, enfin, accrue par l'existence de personnes juridiques au sein de l'UES.

Cet élément est inhérent à la notion d'UES et doit dès lors être pris en considération à chaque moment de la vie de l'UES. C'est un élément qui peut se révéler perturbateur sur deux points notamment. D'une part, la société qui intègre une UES n'est pas privée de la personnalité juridique. Elle continue d'exister en tant que personne morale. L'UES ne nie pas la personnalité juridique attachée à chacune des sociétés membres de l'UES. L'existence propre de la société exerçant dès lors une influence sur le fonctionnement de l'UES, c'est la réalité du droit des sociétés qu'il n'est pas possible d'effacer. D'autre part, il est possible que la société ne soit pas considérée comme un établissement distinct ou qu'elle soit intégrée à un établissement distinct avec une ou plusieurs autres sociétés. L'établissement distinct peut ainsi être confondu avec la société, ce qui permet aux règles visant « *l'établissement distinct* » de s'appliquer à la société membre de l'UES. En revanche, si l'établissement et la société ne se confondent pas, il est plus délicat de savoir vers quelle structure se tourner pour faire appliquer la loi.

324. Interlocuteur de l'UES. Cet imbroglio révèle à tout le moins la spécificité de l'UES en matière de représentation du personnel. C'est véritablement une entreprise en droit du travail qui se façonne d'elle-même en ne rejetant pas l'existence du droit des sociétés. Le droit des sociétés se mêle inévitablement au droit du travail et entraîne de lourdes

⁹²³ I. DESBARATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, Paris, 1996, 482 p.

répercussions sur la notion d'entreprise-UES. Ainsi, la coexistence des notions d'UES-entreprise et de société s'illustre lorsqu'il s'agit de désigner l'interlocuteur de l'UES (1). Il en est de même s'agissant de la répartition des compétences entre les établissements distincts au sein de l'UES et les personnes morales composant l'UES (2).

1 – l'interlocuteur de l'UES

325. Chef d'UES – La loi se réfère fréquemment à l'« *employeur* »⁹²⁴ en matière d'exercice du mandat des instances représentatives du personnel. C'est un maillon important des relations collectives qui vaut tant dans une entreprise de facture classique que dans une UES. Dans le cadre de leur mission, les représentants du personnel ont besoin d'avoir face à eux un interlocuteur patronal. C'est auprès de lui qu'ils agissent⁹²⁵ et c'est à lui qu'ils demandent des informations⁹²⁶ ou qu'ils fournissent leurs propres informations⁹²⁷. L'employeur tient également le rôle d'animateur. C'est lui qui permet au comité d'entreprise d'exister, notamment en le présidant⁹²⁸ et en le convoquant⁹²⁹.

De façon générale, c'est le dirigeant social qui revêt la casquette « *visible* » d'employeur⁹³⁰. Connaître ce « *chef d'entreprise* » s'opère par référence au droit des sociétés. Le mandataire social tient le rôle de chef d'entreprise à l'égard des salariés de la société. En

⁹²⁴ La nouvelle codification à droit constant entrée en vigueur au 1^{er} mai 2008 a opéré un changement de terminologie sur ce point. Avant cette nouvelle codification, les termes fréquemment utilisés par la loi étaient ceux de « *chef d'entreprise* ». Aujourd'hui, le terme d'« *employeur* » s'est substitué aux termes de « *chef d'entreprise* ». Cette modification dans le choix des termes ne paraît pas opportune en matière d'UES. L'UES ne devient pas le nouvel employeur des salariés de chacune des sociétés membres de l'UES. Chaque société de l'UES demeure employeur. Interpréter strictement ce nouveau terme en matière de fonctionnement des institutions représentatives du personnel dans le cadre d'une UES reviendrait à ne pas tirer les conséquences de la reconnaissance de l'UES. Pour que l'UES puisse exister réellement elle doit avoir à sa tête un chef, nommé « *employeur* » par la loi aujourd'hui, auparavant nommé « *chef d'entreprise* ». Pour la suite de nos propos, c'est à partir des termes de « *chef d'entreprise* » que nous mènerons notre réflexion.

⁹²⁵ S'agissant du droit d'alerte économique, le Code du travail confie au comité d'entreprise la responsabilité de « *demande à l'employeur de lui fournir des explications* » lorsqu'il a « *connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* » (C. trav. art. L. 2323-78).

⁹²⁶ À titre d'exemple, l'article L. 2323-4 du Code du travail précise, à propos des attributions économiques du comité d'entreprise, que « *pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, dans un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations* ».

⁹²⁷ L'article L. 2142-3 du Code du travail dispose qu'« *un exemplaire des communications syndicales est transmis à l'employeur, simultanément à l'affichage* ».

⁹²⁸ Le comité d'entreprise « *est présidé par l'employeur, assisté éventuellement de deux collaborateurs qui ont voix consultative* » décide l'article L. 2325-1 du Code du travail

⁹²⁹ Selon l'article L. 2325-14 du Code du travail, c'est « *sur convocation de l'employeur ou de son représentant* » que le comité d'entreprise se réunit au moins une fois par an dans les entreprises de cent cinquante salariés et plus.

⁹³⁰ V. *infra*, n° 108

revanche, en présence d'une UES, l'identification de cet interlocuteur n'est pas chose aisée. Ceci s'explique par le fait que la loi ne désigne pas la personne devant revêtir la casquette de « *chef d'entreprise* » ou de « *chef d'UES* ». Au silence de la loi s'ajoute la difficulté tenant au fait que l'UES réunit plusieurs personnes juridiques qui sont généralement des sociétés. Il y a au moins un dirigeant social à la tête de chacune de ces structures juridiques⁹³¹. Au niveau de l'UES, il y a dès lors « *une pluralité de dirigeants légaux naturellement attachés à l'exercice de leurs prérogatives* »⁹³². Parmi ces dirigeants, quel est le chef d'entreprise pour l'UES ?

Il ne peut pas y avoir une seule et même réponse à cette question pour l'ensemble des formes d'UES. S'il est vrai que dans certaines situations, il semble relativement facile de désigner le chef d'entreprise⁹³³, dans d'autres situations, la complexité de la structure de l'UES empêche une identification aisée du chef d'entreprise⁹³⁴. La raison principale de cette défaillance tient à la présence de plusieurs dirigeants sociaux qui ne peuvent pas se fondre en une seule personne. L'importance que revêt le droit des sociétés apparaît alors. Chacun de ces dirigeants légaux est habilité à agir, en tant que mandataire social, au niveau de sa propre société. C'est le périmètre de la société qui délimite l'étendue de son mandat. Cela signifie que le dirigeant d'une société, incluse dans une UES, ne peut pas s'immiscer dans l'organisation interne des autres sociétés également membres de l'UES. Sa qualité de simple

⁹³¹ À titre d'exemple, dans une société anonyme, c'est le directeur général qui « *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » (C. com. art. L. 225-56). Un ou plusieurs directeurs généraux délégués peuvent l'assister (C. com. art. L. 225-53). Ils « *disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général* » (C. com. art. L. 225-56 II).

⁹³² J. DANIEL, A. TEISSIER, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », JCP S 2006, 1774

⁹³³ Une partie de la difficulté peut être résolue par référence aux critères de reconnaissance de l'unité économique et sociale. S'il est certain que cette reconnaissance ne suppose pas l'identification du chef d'entreprise, la jurisprudence vise néanmoins, comme critère de l'unité économique, « *la concentration des pouvoirs de direction* » (Cass. soc. 24 mai 2000, n° 99-60.165, RJS 2000, 743, n° 1104). Ce critère peut, en pratique, laisser apparaître la présence d'une seule personne dirigeant l'ensemble des sociétés de l'UES. Dans ce cas-là, cette personne fait office de chef d'entreprise. De la même manière, en exigeant que l'entité juridique « *qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale* » (Cass. soc. 23 mai 2000, Bull. civ. V, n° 201, RJS 2000, n° 823) soit intégrée à l'UES, la Cour de cassation permet « *à l'organe dirigeant de la personne morale jouant un 'rôle dominant' au sein de l'UES* » (J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.) d'avoir la qualité de chef d'entreprise. Dans de telles situations, l'identification du chef d'entreprise se fait par simple application des règles du droit des sociétés.

⁹³⁴ Mais, la réalité peut être toute autre. D'une part, le critère économique, fondé pour partie sur l'existence d'une « *unité de direction* » (Cass. soc. 15 janv. 2002, RJS 2002, n° 452), peut révéler la présence de différents dirigeants de droit ou de fait. La réalité d'une unité économique n'empêche pas qu'il y ait des personnes distinctes à la tête de chaque société de l'UES (Cass. soc. 27 juin 1990, n° 86-60.033, Bull. civ. V, n° 322). Ce critère économique ne permet pas de connaître le chef d'entreprise. Chacune de ces personnes peut être amenée à devenir le chef d'entreprise. D'autre part, l'UES ne se confond pas avec le groupe de sociétés. Il n'y a pas nécessairement de liens capitalistiques entre les sociétés qui font partie de l'UES. L'UES n'est pas fondée sur un schéma d'organisation pyramidale, avec comme chef d'entreprise la personne à la tête de la pyramide. Il n'est dès lors pas forcément possible d'avoir une entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés de l'UES. Ce peut être simplement une réunion de plusieurs dirigeants aboutissant à une « *unité de direction* ».

dirigeant ne lui permet pas, en elle-même, de devenir l'interlocuteur des représentants du personnel élus ou désignés au niveau de l'UES. Ses attributions légales sont cantonnées au périmètre de la société qu'il dirige⁹³⁵.

L'impossibilité de désigner d'emblée le chef d'entreprise oblige à trouver des solutions pour y remédier. Il n'apparaît pas envisageable, en pratique, de décider que chacun des dirigeants sociaux des sociétés membres de l'UES obtienne la transmission des communications syndicales ou préside le comité d'entreprise commun. Il y aurait alors une lourdeur « *administrative* » tant pour les instances représentatives du personnel que pour les dirigeants sociaux. L'UES ne serait pas apte à fonctionner de façon optimale dans une telle situation. Qui plus est, la loi ne le permet pas véritablement. Elle exige la présence d'un seul interlocuteur patronal⁹³⁶. Le recours au mandat de représentation constitue l'une des solutions préconisées pour constituer « *un chef d'entreprise* » au niveau de l'UES⁹³⁷. Il serait, par exemple, envisageable que les différents dirigeants sociaux délèguent à l'un d'entre eux leur pouvoir de président de comité d'entreprise. Une autre solution consisterait à rendre obligatoire la désignation du chef d'entreprise comme préalable à toute reconnaissance effective de l'UES. Il semblerait judicieux que la personne chargée de tenir ce rôle soit désignée par le juge ou par les parties, selon la forme de la reconnaissance de l'UES, avant même que les représentants du personnel exercent leur mandat à ce niveau-là.

Cette difficulté que peut représenter la réalité des personnes juridiques au sein d'une UES est mise en avant de façon encore plus évidente en matière de compétences du comité d'entreprise. La coexistence des notions d'UES-entreprise, de société et d'établissement s'illustre parfaitement au niveau de la répartition des compétences entre le comité central d'entreprise et les comités d'établissements.

2 – la répartition des compétences

326. Coïncidence des périmètres de l'établissement et de la société –

L'article L. 2327-2 du Code du travail dispose que « *le comité central d'entreprise exerce les*

⁹³⁵ J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.

⁹³⁶ À titre d'exemple, l'article L. 2325-1 du Code du travail précise que le comité d'entreprise « *est présidé par l'employeur* » (l'ancien article L. 434-2 du Code du travail visait la présidence du comité d'entreprise par « *le chef d'entreprise ou son représentant* »). La jurisprudence estime qu'il ne peut y avoir qu'une seule personne à la fois pour présider le comité d'entreprise (Cass. soc. 27 nov. 1980, Bull. civ. V, n° 862 ; Cass. crim. 16 mars 1993, RJS 1993, n° 623)

⁹³⁷ J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.

attribution économiques qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement ». Soumise à une double condition, la compétence du comité central d'entreprise en matière économique n'apparaît pas systématique. Chacun des comités d'établissement est susceptible de venir en concurrence avec le comité central d'entreprise dès lors que la question posée touche à l'établissement, ne serait-ce que partiellement.

Il y a alors un risque pour le comité central d'entreprise de se voir évincé si l'établissement distinct reconnu au sein de l'UES correspond au périmètre d'une société membre de l'UES. Dans cette situation d'adéquation entre établissement et société, la présence de la société permet au droit des sociétés d'être pleinement mis en œuvre. C'est, d'une part, au niveau des informations, dans le périmètre des sociétés que « *les données comptables et financières* »⁹³⁸ sont réalisées. Elles peuvent dès lors facilement être transmises par le chef d'établissement au comité d'établissement. Elles ne nécessitent pas d'ajustement. Ces données qui analysent la société correspondent aux contours de l'établissement-société. D'autre part, dans ce cadre-là, le chef d'établissement prend les traits du dirigeant social. Or, celui-ci continue de détenir les prérogatives qui lui sont dévolues par la loi, nonobstant l'intégration de sa société dans une UES. Le dirigeant social reste autonome dans l'exercice de ses fonctions⁹³⁹.

La réunion de ces deux facteurs est susceptible de favoriser l'intervention du comité d'établissement. Le risque serait alors de voir une UES quasi-inexistante pour les instances représentatives du personnel, du fait de forts comités d'établissement et d'un comité central d'entreprise relativement absent. Les sociétés, considérées comme des établissements distincts, continueraient alors à agir comme elles le faisaient avant la reconnaissance de l'UES. Dans une telle hypothèse, l'UES pourrait ne plus être considérée comme une entreprise fédératrice.

327. Dissociation entre établissement et personne morale – Ce risque de dissociation de l'entreprise et de l'UES est amoindri lorsque l'UES est scindée en plusieurs établissements distincts qui ne correspondent pas chacun d'entre eux au périmètre d'une

⁹³⁸ J. DANIEL, A. TEISSIER, art. préc.

⁹³⁹ Il en est ainsi en matière de licenciement pour motif économique. Lorsque les licenciements ne concernent que les salariés de l'établissement, seul le comité d'établissement est tenu d'être consulté sur ce point. Le comité central d'entreprise n'a pas à être consulté. CE, 1^{re} et 4^e ss-sect, 11 juin 1982, n° 21943, inédit : Juris-Data, n° 1982-041091 — CE, 1^{re} et 4^e ss-sect. 7 juin 1985 : Juris-Data, n° 1986-600123 ; Jurispr.soc. UIMM, 1986, p. 104.

société. Le droit des sociétés perd de son influence si un établissement distinct réunit plusieurs sociétés ou bien réunit plusieurs parties de sociétés. Le fonctionnement de l'établissement devient plus difficile. Il faut que les informations comptables et financières assemblées au niveau de chaque société soient réorganisées pour pouvoir correspondre à chaque établissement.

Face à un tel travail, qui est susceptible d'alourdir l'organisation du comité d'établissement, le chef d'entreprise pourrait être tenté de recentrer les attributions économiques du comité d'entreprise autour du comité central d'entreprise. Les documents comptables fournis au comité central d'entreprise portent, dans ce cas-là, sur chacune des personnes morales composant l'UES. Ce sont les comptes de chacune des sociétés qui sont communiqués au comité central d'entreprise, sans qu'il y ait besoin d'avoir un remaniement des chiffres correspondant à chaque établissement distinct qui soit effectué. La répartition des compétences entre comité central d'entreprise et comités d'établissement devenant floue, les parties pourraient être tentées de se tourner le plus souvent vers le comité central d'entreprise pour qu'il exerce ses fonctions au maximum. L'UES reprend alors toute sa justification et permet à des établissements dont le périmètre ne prend pas appui sur le droit des sociétés d'être réunis au sein d'une entreprise.

328. Conclusion – Au regard des instances représentatives, l'UES semble pleinement adaptée à leur mise en place. Elaborée spécifiquement pour ces institutions, elle demande au final très peu d'adaptations pour que cela se passe sans heurts. En revanche, tel n'est pas le cas s'agissant de l'émancipation de l'UES. À l'origine, l'UES n'avait pas vocation à servir de cadre à l'exercice d'autres droits que ceux qui sont attachés à la représentation institutionnelle. Cet état initial a certes progressivement évolué dans le sens d'un élargissement du domaine d'application de la notion d'UES mais, cette extension des compétences apparaît toute relative.

Chapitre 2

L'ÉMANCIPATION RELATIVE DE L'UES

329. Les relations collectives et individuelles de travail – L'unité économique et sociale a vu ses domaines de compétences s'élargir depuis sa création. Cette notion s'est progressivement émancipée de la représentation salariale. Tant la loi que la jurisprudence ont entrepris une telle démarche d'affranchissement. C'est essentiellement au niveau des relations collectives de travail que cet élargissement des domaines d'action de l'UES est le plus marquant et le plus compréhensible au regard de l'assimilation entre l'UES et l'entreprise souhaitée de certains auteurs. Même si l'ensemble des relations collectives n'est pas concerné par l'UES pour le moment, les réflexions menées autour des relations collectives de travail doivent prendre en considération l'UES dès lors que celle-ci a fait l'objet d'une reconnaissance (**SECTION 1**).

En revanche, l'impact de la notion d'UES en matière de relations individuelles de travail est plus délicat. Utile à certains moments en matière de relations collectives, l'UES ne peut pas toutefois perturber l'organisation des relations de travail menée entre l'employeur et chacun de ses salariés. La jurisprudence apparaît restrictive sur ce point, tout en n'excluant pas totalement l'UES des relations individuelles de travail (**SECTION 2**).

Section 1

Les relations collectives de travail

330. L'application de l'UES – Au-delà de la seule représentation du personnel, l'UES semble avoir « *vocation à s'appliquer à d'autres domaines où l'organisation des rapports collectifs de travail est fondée sur l'entreprise* »⁹⁴⁰. Cet enthousiasme doctrinal ne reflète

⁹⁴⁰ J. SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », Dr. soc. 2004, p. 944

pourtant pas l'état de la législation actuelle. Il n'existe aujourd'hui que quelques lois éparées. Ces lois visent des domaines spécifiques du droit du travail. Il apparaît relativement difficile d'avoir une approche globale de l'UES en matière de relations collectives de travail. C'est une utilisation éparse qui est faite de la notion d'UES par le législateur et la jurisprudence (§1).

Cependant, il reste un domaine permettant d'entrevoir les possibilités d'extension du domaine d'application de la notion d'UES dans l'avenir. En matière de négociation collective, la notion d'UES pourrait devenir une notion incontournable (§2).

§1 – L'UTILISATION ÉPARÉE DE LA NOTION D'« UES »

331. L'existence de quelques législations – Le travail du législateur entrepris dans le sens d'une émancipation de la notion d'UES reste somme toute modeste. Le législateur n'a pas permis à l'UES d'exister pour l'ensemble des relations collectives de travail. Ce sont uniquement des lois spécifiques⁹⁴¹ qui permettent à l'UES d'élargir son champ de vision. L'utilisation de la notion d'UES en matière de réglementation de la médecine du travail constitue une illustration de ces lois spécifiques, qui se révèlent le plus souvent très techniques (A). Une telle utilisation pointue de l'UES se retrouve également en matière de participation des salariés aux résultats de l'entreprise (B). Au regard du droit positif, l'affirmation de l'UES comme cadre des relations collectives de travail est mesurée.

A - LA RÉGLEMENTATION DE LA MÉDECINE DU TRAVAIL

332. Les services de santé au travail – Les services de santé au travail assurent la surveillance médicale des salariés. Ce sont les médecins du travail qui veillent sur la santé des travailleurs en ayant un rôle « *exclusivement préventif* »⁹⁴². Ils évitent « *toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant leurs conditions* ».

⁹⁴¹ Parmi ces lois spécifiques, il convient de noter une ancienne disposition législative faisant référence à l'UES. La loi Aubry I n° 98-461 du 13 juin 1998 portait sur la réduction de la durée légale du travail. Les entreprises et les UES de plus de vingt salariés devaient appliquer les « 35 heures » à partir du 1^{er} janvier 2000. Les autres étaient tenues de le faire uniquement à compter du 1^{er} janvier 2002.

⁹⁴² C. trav. art. L. 4622-3

d'hygiène au travail, les risques de contagion et leur état de santé »⁹⁴³. La loi prévoit deux modes d'organisation des services de santé au travail « *selon l'importance des entreprises* »⁹⁴⁴. Selon l'article D. 4622-1 du Code du travail, « *le service de santé au travail est organisé sous la forme : 1° soit d'un service autonome, qui peut être un service de groupe au sens de l'article L. 2331-1, d'entreprise, interétablissements, d'établissement ou commun aux entreprises constituant une unité économique et sociale ; 2° soit d'un service de santé au travail interentreprises* ». Pour qu'un service autonome de santé au travail soit mis en place, l'effectif de 500 salariés doit être atteint ou dépassé. En effet, depuis le décret du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail, les conditions de seuil ont été assouplies afin de faciliter l'organisation de services autonomes⁹⁴⁵.

333. Mise en place dans le cadre d'une UES – La possibilité de mettre en place un service de santé au travail au niveau d'une UES a été instituée par le décret n° 88-1198 du 28 décembre 1988. Aujourd'hui, quatre articles de la partie réglementaire du Code du travail lui sont expressément consacrés. Le premier de ces articles, l'article L. 4622-1 permet la mise en place d'un service de santé au travail commun aux entreprises constituant une UES. L'article D. 4622-12 du Code du travail précise quelles sont les conditions à remplir pour qu'un tel service puisse être créé. Il faut au préalable que l'UES soit reconnue « *dans les conditions prévues à l'article L. 2322-4* »⁹⁴⁶ et il faut aussi, à l'instar de tout autre service autonome de santé au travail que « *l'effectif de salariés suivis atteint ou dépasse 500 salariés* ». Le seuil de 500 salariés est ainsi évalué au niveau de l'UES, et non pas au niveau de chaque entité juridique qui compose l'UES. Dès lors, l'avantage qui peut être tiré de la reconnaissance d'une UES est perceptible. Les entreprises qui ont un effectif inférieur à 500 salariés peuvent mettre en place un service autonome de santé au travail à partir du moment où elles sont intégrées dans une UES importante au regard de son effectif global. Les entités qui constituent l'UES peuvent ainsi avoir plus facilement leur propre service de santé.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ C. trav. art. L. 4622-5

⁹⁴⁵ Jusqu'alors, lorsque « *l'effectif de salariés placés sous surveillance médicale ou le nombre d'examens médicaux pratiqués attei(gnait) ou dépass(ait) les deux tiers des plafonds mentionnés à l'article R. 4623-10* » (anc. C. trav. art. D. 4622-5), un service propre à l'entreprise ou à l'établissement était mis en place par l'employeur. A partir de 2200 salariés ou de 2134 examens, un service de santé au travail d'entreprise ou d'établissement était ainsi organisé. Une telle possibilité était également offerte à l'employeur lorsque « *le huitième de l'un de ces plafonds* »⁹⁴⁵ était dépassé, c'est-à-dire lorsqu'il y avait plus de 412 salariés ou plus de 400 examens. En revanche, dès lors que les entreprises ou établissements ne relevaient pas d'un service de santé au travail d'entreprise ou d'établissement, la loi prévoyait la mise en place de « *services communs à plusieurs entreprises* » (anc. C. trav. art. L. 4622-6 al. 2). Ces entreprises ou établissements « *organis(ai)ent ou adhér(ai)ent à un service de santé au travail interentreprises* » (anc. C. trav. art. D. 4622-22).

⁹⁴⁶ C. trav. art. D. 4622-13

Cela permet aux entités qui la composent de ne pas nécessairement adhérer ou organiser un service interentreprises⁹⁴⁷.

L'article D. 4622-12 du Code du travail ne crée pas pour autant une obligation à la charge des personnes morales d'une UES. Cet article précise bien qu'« *un service de santé au travail commun à ces entreprises peut être créé* » lorsque les conditions de seuil sont satisfaites et. L'institution de ce service de santé commun nécessitait, selon l'article D. 4622-13 dans sa version antérieure au 31 janvier 2012, la conclusion d'un accord « *entre les employeurs et les organisations syndicales représentatives au niveau national intéressées* »⁹⁴⁸. Aujourd'hui, ce même article vise uniquement la conclusion d'un accord « *par l'employeur* ». Mais, l'article D. 4622-12 précisant qu'un service de santé peut être créé « *après accord du comité d'entreprise commun* », la conclusion de l'accord semble dès lors devoir se faire entre le pouvoir de direction de l'UES et le comité d'entreprise commun. Cet accord permet de préciser l'organisation du service de santé, et notamment si celui-ci est administré paritairement. Si tel n'est pas le cas, l'article D. 4622-14 du Code du travail prévoit que « *le service de santé au travail est placé sous la surveillance du comité d'entreprise commun qui exerce selon les attributions prévues aux articles D. 4622-6 à D. 4622-8* ». Ces articles concernent les modalités d'administration des services de santé au travail d'entreprise. Ils précisent quelle surveillance assure le comité d'entreprise sur le service de santé au travail administré par l'employeur⁹⁴⁹. Le comité d'entreprise joue un rôle important en présence d'un service de santé propre. Il en est de même du comité d'entreprise commun dans le cadre d'une UES. La création d'un service de santé interne à l'UES lui permet d'assurer une surveillance appropriée sur ce service.

334. Franchissement des seuils – L'UES devient attractive au-delà de la simple représentation salariale. L'UES peut servir de cadre à la mise en place des services de santé au

⁹⁴⁷ La sous-section 3 « *Services de santé au travail communs aux entreprises constituant une unité économique et sociale* » relève de la Section 2 « *Services autonomes de santé au travail* » (au même titre que « *le service de santé au travail de groupe, d'entreprise ou d'établissement et le service de santé au travail interétablissements* »). Les dispositions relatives aux « *Services de santé au travail interentreprises* » font l'objet d'une section spécifique (la Section 3). Il n'y a pas d'ambiguïté sur la place tenue par l'UES. Elle est rattachée aux services de santé au travail d'entreprise et non aux services de santé au travail interentreprises (à noter que la Cour de cassation permet qu'une UES soit notamment composée d'un service médical du travail interentreprises — « *la seule spécificité de l'objet de l'association AMCTSA, résultant de la réglementation de l'activité de la médecine du Travail, ne faisait pas obstacle à ce que cette association soit comprise dans une unité économique et sociale* » — Cass. soc. 27 mai 1997, n° 96-60.068).

⁹⁴⁸ Anc. C. trav. art. D. 4622-13, al. 2

⁹⁴⁹ « *Le comité est consulté sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement du service de santé au travail.* » (C. trav. art. D. 4622-6). « *Le comité d'entreprise est informé des observations formulées et des mises en demeure notifiées par l'inspection du travail dans le domaine de la santé au travail ainsi que des observations d'ordre technique faites par l'inspection médicale du travail.* » (C. trav. art. D. 4622-7).

travail, comme toute entreprise en droit du travail, dès lors que le seuil de 500 salariés est franchi. Le dépassement de ce seuil lui permet de fonctionner comme une entreprise, et donc d'effacer les frontières existant entre chaque personne juridique qui la compose. Qui plus est, le code du travail semble percevoir l'UES comme une entreprise à établissement unique. Le service de santé est « *commun* »⁹⁵⁰ aux entités juridiques de l'UES. Il ne semble pas devoir se composer en « *service de santé au travail interétablissements* »⁹⁵¹.

En revanche, en-dessous des seuils fixés par l'article D. 4622-12 du Code du travail, l'UES ne permet pas d'instituer un service de santé commun. Elle ne joue plus de rôle dans ce cas-là. Les entités juridiques qui constituent l'UES sont alors considérées comme des entreprises distinctes. C'est à leur niveau que s'apprécient les conditions requises pour mettre en place un service de santé au travail. La reconnaissance de l'UES⁹⁵² n'est pas en elle-même suffisante pour lui permettre d'être prise en compte comme une entreprise. Le fait que deux articles de la partie réglementaire du Code du travail exposent les règles applicables en présence d'une UES empêche toute assimilation de l'UES à l'entreprise. L'UES constitue à certains égards une entreprise, dès lors que le seuil fixé pour mettre en place un service médical commun est franchi. Mais, les conditions spécifiques fixées par l'article D. 4622-12 du Code du travail pour lui permettre de créer ce service montre que l'UES est une entreprise qui garde ses caractéristiques propres.

L'extension de la législation portant sur la participation aux résultats de l'entreprise à l'UES constitue une autre illustration des traits particuliers de l'UES.

B – LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS DE L'ENTREPRISE

335. Mise en place de la participation – La loi permet aux salariés d'une entreprise de participer aux résultats de leur entreprise. Cette participation « *prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise,*

⁹⁵⁰ C. trav. art. D. 4622-12

⁹⁵¹ C. trav. art. D. 4622-9

⁹⁵² S'agissant des critères de l'UES, la jurisprudence décide que l'adhésion à des services médicaux différents n'empêche pas la reconnaissance de l'UES (Cass. soc. 5 mai 1998, n° 97-60.119 ; Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.292), tandis que la présence d'un « *service médical commun* » ne suffit pas à caractériser une UES (Cass. soc. 14 mai 1987, n° 86-60.454). La Cour de cassation est venue préciser qu'« *un accord dont l'objet est limité à la mise en place d'un service médical commun, ne vaut pas à lui seul reconnaissance conventionnelle d'une unité économique et sociale* » (Cass. soc. 24 mai 2000, n° 99-60.165).

constituant la réserve spéciale de participation »⁹⁵³. Obligatoire dans « *les entreprises employant habituellement cinquante salariés et plus* », elle l'est également dans les unités économiques et sociales⁹⁵⁴. La loi du 19 février 2001⁹⁵⁵ relative à l'épargne salariale est à l'origine de l'introduction de deux dispositions⁹⁵⁶ visant la participation aux résultats au sein des unités économiques et sociales. L'article L. 3322-2 du Code du travail impose « *l'obligation* »⁹⁵⁷ de mettre en place une participation aux résultats au sein de l'UES dès lors que celle-ci est reconnue.

À la lecture de ce seul article, il semble que la participation aux résultats au niveau de l'UES ne constitue qu'une forme de participation aux résultats de l'entreprise. Comme dans toute entreprise, la participation aux résultats peut être mise en œuvre dans une UES. Le seul changement constaté dans le cadre d'une UES serait le calcul de la réserve spéciale de participation à partir de l'ensemble des entités juridiques comprises dans l'UES. Mais, en réalité, cette assimilation de l'UES à l'entreprise ne semble pas être pleine et entière, la loi fixant des modalités particulières de mise en place de la participation dans l'UES.

La mise en place est « *binaire* »⁹⁵⁸, puisqu'elle peut être faite « *soit par un accord unique couvrant l'unité économique et sociale, soit par des accords distincts couvrant l'ensemble des salariés de ces entreprises* »⁹⁵⁹. Librement choisi par les parties, le cadre de la mise en place de la participation révèle les deux facettes de l'UES.

⁹⁵³ C. trav. art. L. 3322-1

⁹⁵⁴ « *Les entreprises employant habituellement cinquante salariés et plus garantissent le droit de leurs salariés à participer aux résultats de l'entreprise. Il en va de même pour les entreprises constituant une unité économique et sociale de cinquante salariés et plus reconnue dans les conditions prévues à l'article L. 2322-4.* », C. trav. art. L. 3322-2

⁹⁵⁵ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 relative à l'épargne salariale, JO 20 févr. 2001

⁹⁵⁶ L'article 6 de la loi du 19 février 2001 est ainsi composé : « *I. - L'article L. 442-1 du code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Les entreprises constituant une unité économique et sociale reconnue dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 431-1 et employant habituellement au moins cinquante salariés sont également soumises aux obligations de la présente section, qu'elles mettent en oeuvre soit par un accord unique couvrant l'unité économique et sociale, soit par des accords distincts couvrant l'ensemble des salariés de ces entreprises. » II. - L'article L. 442-4 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsqu'un accord unique est conclu au sein d'une unité économique et sociale en application de l'article L. 442-1, la répartition des sommes est effectuée entre tous les salariés employés dans les entreprises constituant l'unité économique et sociale sur la base du total des réserves de participation constituées dans chaque entreprise. »*

⁹⁵⁷ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 130

⁹⁵⁸ M.-P. PIOT, O. HAINAUT, « La participation dans l'UES : un devoir d'anticipation », *Semaine sociale Lamy*, n° 1353, p. 6

⁹⁵⁹ C. trav. art. R. 3322-2

La conclusion d'un accord commun permet de voir l'entreprise en droit du travail à travers la notion d'UES. Faisant fi des personnalités juridiques qui composent l'UES, cet accord collectif est alors perçu comme tout accord de participation intervenant dans une entreprise dite « *classique* ». La réserve spéciale de participation semble devoir être calculée au niveau de cette « *entreprise* » que constitue l'UES, l'article R. 3322-2 du Code du travail exigeant que la participation soit mise en place par « *un accord unique couvrant l'unité économique et sociale* »⁹⁶⁰. À l'inverse, la possibilité offerte de conclure des accords distincts démontre combien l'UES peut être perçue comme un regroupement de personnes juridiques dont il faut préserver les droits. La conclusion d'un accord distinct par personne juridique entraîne le calcul de la réserve spéciale de participation à ce niveau-là. L'« *entreprise* » correspond alors à chaque entité juridique composant l'UES. La seule exigence fixée par l'article R. 3322-2 du Code du travail pour que l'obligation de mise en place de la participation soit respectée tient à la présence d'« *accords distincts couvrant l'ensemble des salariés de ces entreprises* ».

336. Jurisprudence inédite – Un arrêt inédit en date 7 juillet 2009⁹⁶¹ illustre cette distinction opérée par l'article R. 3322-2 du Code du travail entre les deux modes de mise en œuvre de l'accord de participation. En l'espèce, une UES avait été reconnue par la voie judiciaire entre deux sociétés. La société Amadeus France ne comptait aucun salarié, tandis que la société Amadeus France service employait au moins cinquante salariés et appliquait déjà un accord de participation. Au sein de l'UES, aucun accord n'avait été mis en œuvre. Les deux sociétés se prévalaient alors de l'accord de participation conclu au sein de la société Amadeus France.

Au visa de l'article L. 442-1 al. 4⁹⁶² du Code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que « *la société Amadeus France n'employait aucun salarié et qu'un accord de participation était en vigueur au sein de la société Amadeus France service, ce dont il résultait que l'ensemble des salariés des entreprises constituant l'unité économique et sociale était couvert par un accord de participation* ». Dans cette UES, il existait déjà un

⁹⁶⁰ Cette interprétation est confortée par les dispositions de l'article L. 3324-8 du Code du travail, lequel dispose que « *Lorsqu'un accord unique est conclu au sein d'une unité économique et sociale en application de l'article L. 3322-2 pour les entreprises qui n'entrent pas dans un même périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes au sens du deuxième alinéa de l'article L. 3344-1, la répartition des sommes est effectuée entre tous les salariés et, le cas échéant, les bénéficiaires visés au deuxième alinéa de l'article L. 3323-6 et au troisième alinéa de l'article L. 3324-2, employés dans les entreprises sur la base du total des réserves de participation constituées dans chaque entreprise.* »

⁹⁶¹ Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 07-20.818, inédit

⁹⁶² C. trav. recod. art. R. 3322-2

accord de participation conclu antérieurement à la reconnaissance de l'UES. Cet accord ne concernait qu'une des sociétés de l'UES. L'autre société n'en était pas pourvue. L'article R. 3322-2 du Code du travail qui fixe le choix opéré pour la mise en place de l'accord de participation, précise qu'il peut s'agir soit d'un accord unique soit d'accords distincts. En l'espèce, il n'y avait pas d'accord unique et l'accord distinct ne concernait qu'une des deux sociétés. Pour autant, la Cour de cassation admet le respect des dispositions visées par les sociétés composant l'UES. L'une des deux sociétés n'ayant pas de salarié, elle ne pouvait conclure d'accord de participation. L'autre société était pourvue d'un accord de participation pour l'ensemble de ses salariés. De ce fait, au niveau de l'UES, il y avait effectivement un accord distinct « *couvrant l'ensemble des salariés de ces entreprises* »⁹⁶³.

Au regard des textes, la solution jurisprudentielle se justifie. Cette solution permet d'aboutir à la mise en place d'un accord de participation au niveau de l'UES comme l'exige la loi. Mais, elle ne permet pas aux salariés de bénéficier pleinement de la reconnaissance de l'UES. Ce n'est pas l'UES qui constitue l'entreprise. Seule la société, au niveau duquel avait été conclu un accord de participation, est considérée comme étant l'entreprise. C'est donc à son niveau que le bénéfice net de l'entreprise, qui sert de base au calcul de la participation financière, est calculé.

337. Difficulté du choix à effectuer – Cette solution laisse entrevoir les difficultés qui découlent de ce choix « *binaire* » offert aux parties. À n'en pas douter, les solutions intermédiaires ne peuvent être envisagées. Il ne peut y avoir à la fois d'accord commun pour une partie des sociétés membres de l'UES et des accords distincts pour l'autre partie des sociétés. Le choix ne peut se porter pleinement que sur un accord commun ou sur des accords distincts. Mais, la question de la manière d'aboutir à un tel choix se pose alors. Comment s'effectue un tel choix ? Les différentes parties peuvent ne pas s'accorder sur le choix du cadre au sein duquel doit être conclu l'accord de participation, comme l'illustre l'arrêt du 7 juillet 2009⁹⁶⁴. Les chefs d'entreprise sont susceptibles de s'opposer plus facilement à la conclusion d'un accord commun, afin d'éviter une mutualisation du calcul et de la répartition de la réserve de participation au sein de l'UES. À l'inverse, l'ensemble des partenaires sociaux et salariés pourraient s'opposer à la conclusion d'accords distincts, afin d'éviter que

⁹⁶³ C. trav. art. R. 3322-2

⁹⁶⁴ Dans l'arrêt du 7 juillet 2009, ce sont les salariés de la société Amadeus France service qui ont saisi le tribunal de grande instance d'une « *demande tendant à la mise en œuvre de la participation au niveau de l'unité économique et sociale* ». Les deux sociétés estimaient, quant à elles, que l'obligation de participation au niveau de l'UES était respectée, du fait de la présence de l'accord de participation de la société Amadeus France.

les salariés ne pâtissent du fait que certaines sociétés, et notamment des filiales, de l'UES ne génèrent pas de bénéfices. La Cour de cassation, dans son arrêt du 7 juillet 2009, permet aux entités juridiques d'une UES de continuer à appliquer leur propre accord de participation préexistant. La conclusion obligatoire d'un accord commun ne paraît pas découler de la seule reconnaissance d'une UES.

Ce problème de choix entre les cadres proposés par la loi pour la mise en œuvre de l'accord de participation semble devoir, en effet, se résoudre en faveur des accords distincts, les débats parlementaires laissant apparaître que « *le dispositif proposé ne doit pas être interprété comme imposant à toutes les unités économiques et sociales la mise en place d'un accord de participation de groupe* »⁹⁶⁵. La conclusion d'un accord commun aux membres de l'UES ne se fait que sur la base d'une volonté à la fois des chefs d'entreprise et des partenaires sociaux.

338. Conclusion – Au regard de l'accord de participation mis en œuvre dans le cadre d'une UES, l'UES semble être composée d'« *entreprises* » en droit du travail. Ce n'est pas l'UES elle-même qui constitue l'« *entreprise* », à moins de décider de conclure un accord unique couvrant l'UES. Les deux visions de l'UES s'affrontent. En ne tranchant pas entre l'UES comme entreprise et l'UES comme simple groupe d'entreprises, la loi permet une adaptabilité de la participation à chaque UES sans pour autant faciliter la mise en œuvre d'une telle participation. Il en résulte que la nature de l'UES n'est pas fixée par la loi, ce qui perturbe les perspectives d'avenir de l'UES. Au-delà de cette législation spécifique qui révèle l'élargissement des perspectives de l'UES, l'extension du domaine d'application de la notion d'UES paraît résulter de la pratique et être confortée par la jurisprudence⁹⁶⁶. La reconnaissance d'une UES implique l'unité de l'entreprise, ce qui « *conduit logiquement à organiser la négociation d'entreprise au niveau de l'UES* »⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ Rapport n° 63 (2000-2001) de M. Joseph OSTERMANN, fait au nom de la commission des finances, déposé le 31 octobre 2000

⁹⁶⁶ Pour une illustration, « *ayant constaté que les sociétés Devoteam, Technologies et Opérations, XP Conseil, Devoteam Consulting et Devoteam Outsourcing, rassemblées en une UES constituaient une entreprise elle-même divisée en établissements distincts et que le montant global de la contribution était inchangé, la cour d'appel en a exactement déduit que cette contribution au financement des institutions sociales devait être calculée dans le cadre de l'entreprise, c'est-à-dire de l'UES, et le taux légal de cette contribution ensuite appliqué à chaque établissement, en l'absence d'usage plus favorable* », Cass. soc. 25 sept. 2012, n° 10-26.224

⁹⁶⁷ J. SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », Dr. soc. 2004, p. 944

§2 – LA POSITION INCONTOURNABLE DE L’UES EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION COLLECTIVE

339. Négociation collective d’entreprise – Si en matière de négociation collective, le législateur a précisé que la participation aux résultats de l’entreprise concerne l’unité économique et sociale, il n’a pas pour autant décidé que l’UES constitue un périmètre approprié pour la négociation collective d’entreprise. C’est la jurisprudence et la pratique qui ont permis à la notion d’UES de s’émanciper dans ce cadre-là.

La notion d’UES est déjà confrontée au droit des conventions et accords collectifs. La loi permet à l’UES d’être reconnue par voie conventionnelle⁹⁶⁸. Même si cette hypothèse s’avère, dans la pratique, relativement exceptionnelle, eu égard à l’exigence de l’unanimité des parties pour valider cet accord, elle révèle que la notion d’UES peut faire l’objet de discussions, de négociations entre plusieurs personnes juridiques. Ces pourparlers permettent aux parties de voir quels sont les éléments qui les rapprochent et qui leur permettent d’être une entreprise au regard du droit du travail. La jurisprudence, quant à elle, retient les conventions et accords collectifs parmi les critères de l’UES pour la reconnaissance judiciaire de celle-ci⁹⁶⁹. La soumission aux mêmes dispositions conventionnelles constitue un indice important pour révéler l’unité sociale⁹⁷⁰.

Mais, aujourd’hui, c’est essentiellement à travers la reconnaissance d’une négociation collective menée au niveau de l’UES que les effets de la reconnaissance d’une UES en matière de négociation collective apparaissent⁹⁷¹. La négociation collective paraît devoir être admise au niveau de l’UES (A). Elle s’opère alors par renvoi au régime de l’accord d’entreprise, même si certaines questions demeurent en suspens concernant sa mise en œuvre (B).

⁹⁶⁸ C. Trav. art. L. 2322-4

⁹⁶⁹ V. *infra*, n° 168

⁹⁷⁰ À titre d’exemple, « *les conditions de travail, le règlement intérieur, la convention collective, la politique sociale étaient identiques dans toutes les sociétés qui bénéficiaient d’une gestion sociale commune* », il en résulte « *l’existence d’une communauté d’intérêts entre les salariés* » (Cass. soc. 14 mai 1987, n° 86-60.443, Bull. civ. V, n° 327). Autre exemple, « *l’application d’une même convention collective, l’existence de permutations et d’avantages communs aux salariés des différentes sociétés sont de nature à caractériser l’existence d’une unité sociale* » (Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, Bull. civ. V, n° 219).

⁹⁷¹ V. sur ce point, H.-J. LEGRAND, « Accords collectifs de groupe et d’unité économique et sociale : une clarification inachevée », Dr. soc. 2008, p. 60

A – LA NÉGOCIATION COLLECTIVE D'ENTREPRISE

340. Statut conventionnel commun – L'une des difficultés rencontrées une fois l'UES reconnue tient à l'existence possible de conventions et accords collectifs au niveau de chaque personne juridique composant l'UES. Les personnes morales qui font l'UES sont considérées comme des entreprises au regard du droit du travail avant que la reconnaissance de l'UES n'ait lieu. Il en résulte que la présence de conventions et accords collectifs d'entreprise est susceptible d'être vérifiée à ce niveau-là⁹⁷². La question qui se pose alors porte sur le « *devenir de ce statut conventionnel, postérieurement à la reconnaissance de l'unité économique et sociale* »⁹⁷³. La jurisprudence répond à cette question en y apportant une réponse nuancée. Ces accords peuvent perdurer tant qu'il n'existe pas d'accords collectifs communs aux personnes morales composant l'UES (1). Lorsque les parties décident d'avoir un statut conventionnel commun, elles suivent la voie de la négociation d'entreprise (2).

1 – la conclusion d'accords collectifs communs

341. Arrêt du 2 décembre 2003 – Dans un arrêt important, la chambre sociale de la Cour de cassation détermine les conséquences engendrées par la reconnaissance d'une unité économique et sociale en matière de négociation collective. La Cour de cassation admet qu'une négociation puisse être menée au niveau d'une UES malgré l'existence de conventions et d'accords collectifs conclus antérieurement au niveau de chaque personne morale incluse dans l'UES. Cet arrêt du 2 décembre 2003⁹⁷⁴ opère une distinction entre les conventions et accords collectifs propres à chaque entité juridique de l'UES et l'éventuelle négociation collective engagée dans le cadre de l'UES.

En l'espèce, un salarié de la Société des restaurants du Palais des Congrès avait saisi le conseil des prud'hommes en paiement de diverses indemnités. La Cour d'appel de Paris l'ayant débouté de ses demandes, il avait formé un pourvoi en cassation. Il estimait qu'« *en*

⁹⁷² Si la présence de convention commune ou d'accord commun aux différentes personnes morales constitue un indice de l'existence d'une unité sociale entre ces personnes, cette unité du statut collectif n'est qu'un indice de l'unité sociale (Cass. soc. 14 mai 1987, n° 86-60.443, Bull. civ. V, n° 327 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, préc.). Il est alors possible d'avoir une UES entre plusieurs personnes juridiques ayant chacune un statut conventionnel propre (Cass. soc. 12 janv. 2005, n° 03-60.477, Bull. civ. V n° 5 : en l'espèce, le tribunal d'instance « *a pu décider que, peu important l'application de deux conventions collectives différentes, il existait une unité économique et sociale entre les deux sociétés* »).

⁹⁷³ G. AUZERO, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 274

⁹⁷⁴ Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, Bull. civ. V, n° 310 ; Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 274 ; JCP E 2004, 12, note F. DUQUESNE ; RJS 2004, n° 241

présence d'une unité économique et sociale comprenant une personne morale au sein de laquelle existe un statut social plus favorable aux salariés que les dispositions applicables au sein des autres personnes morales composant cette unité, ce statut s'applique, sans distinction, à tous les salariés de l'unité économique et sociale ». À cet égard, le statut collectif de la société des Hôtels Concorde devait s'appliquer aux salariés de la Société des restaurants du Palais des Congrès. La cour d'appel ayant estimé que « *l'existence d'une unité économique et sociale n'entraîne pas l'application automatique d'un accord collectif d'une des sociétés sur l'autre* » aurait violé la loi.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, aux motifs qu'« *en l'absence d'accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif* ». Il en résulte que « *la Société des restaurants du Palais des Congrès n'était pas tenue par les accords conclus au sein de la société des Hôtels Concorde* ».

342. Maintien du statut conventionnel propre – Dans cet arrêt, la Cour de cassation permet aux accords d'entreprise d'être maintenus nonobstant l'existence de l'UES. L'UES ne remet pas *ipso facto* en cause l'existence de conventions et accords collectifs d'entreprise. Les entités de l'UES gardant leur personnalité juridique, elles demeurent les employeurs des salariés de l'entité. Par suite, ces conventions et accords collectifs sont maintenus et gardent comme périmètre d'application celui de l'entité juridique⁹⁷⁵.

Ce maintien du statut conventionnel propre à chaque composante de l'UES est pourtant susceptible d'évoluer avec la reconnaissance de l'UES. La Cour de cassation laisse entendre, dans la première partie de sa formulation, qu'il peut y avoir des accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale. L'existence de tels accords suppose donc que la négociation collective soit menée au niveau de l'UES et qu'elle aboutisse à « *une unification du statut collectif* »⁹⁷⁶. De telles négociations au niveau de l'UES existent en pratique⁹⁷⁷. Le principe de la négociation collective au niveau de l'UES semble dès lors acquis aujourd'hui. La loi ne consacre pas un tel principe, mais semble l'admettre toutefois à plus d'un titre. Le législateur permet, tout d'abord, qu'un accord de participation aux résultats

⁹⁷⁵ « *l'accord conclu au niveau de l'entreprise n'a pas vocation à déborder le périmètre de son application* », F. DUQUESNE comm. ss arrêt du 2 déc. 2003, JCP E 2004, 12

⁹⁷⁶ G. AUZERO, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, préc.

⁹⁷⁷ Par exemple, l'accord de méthode signé au sein de l'UES Canal Plus le 12 mars 2003 (Semaine sociale Lamy, suppl. n° 1152, p. 48). Autre exemple, l'accord d'entreprise du 30 janvier 2007 en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées pour les années 2007-2008-2009 signé entre les sociétés de l'UES Conforama France, CMS, Cogedem (Laisons soc. C3, n° 213/2007)

de l'entreprise soit conclu au niveau de l'UES⁹⁷⁸. Il consacre, par ailleurs, l'existence des conventions et accords négociés au niveau du groupe⁹⁷⁹. Les conventions et accords collectifs de travail étant permis au niveau de l'entreprise et du groupe, les auteurs en déduisent que de tels actes doivent pouvoir être négociés au niveau de l'UES⁹⁸⁰.

Enfin, la circulaire du 22 septembre 2004, précisant les caractéristiques de la négociation au niveau du groupe, admet expressément la licéité des accords d'UES⁹⁸¹. Elle affirme que « *les accords collectifs négociés et conclus, au sein d'une unité économique et sociale reconnue, [...], sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité* »⁹⁸². Considérée comme une entreprise, l'UES doit pouvoir constituer un cadre de négociation. L'ensemble des sociétés comprises dans l'UES sont alors concernées par cet accord comme semble l'affirmer la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 décembre 2003⁹⁸³. La négociation collective au niveau de l'UES paraît devoir ainsi « *être assimilée à une négociation d'entreprise* »⁹⁸⁴.

2 – l'assimilation à une négociation d'entreprise

343. Identification des parties – Les règles applicables à l'accord d'entreprise valent pour l'accord au niveau de l'UES. Il en est ainsi s'agissant des acteurs de la négociation collective. L'article L. 2232-16 du Code du travail, lequel dispose que « *la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise* » s'applique tant aux entreprises qu'aux UES. Mais, « *leur identification au niveau de l'UES s'avère délicate* »⁹⁸⁵.

⁹⁷⁸ C. trav. ar. L. 3322-4 (ancien article L. 443-1, al. 3, institué par la loi n° 2001-152 du 19 févr. 2001 relative à l'épargne salariale, JO 20 févr.).

⁹⁷⁹ C. trav. art L. 2232-30 et s. (ancien article L. 132-19-1, institué par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et dialogue social). La Cour de cassation avait déjà consacré un tel principe dans un arrêt du 30 avril 2003 (Cass. soc. 30 avr. 2003, Bull. civ. V, n° 154 ; D. 2003, inf. rap. 1336 ; RJS 2003, n° 916 ; *ibid.* 2003, p. 743).

⁹⁸⁰ G. AUZERO, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, préc.

⁹⁸¹ « *Les accords de groupe doivent être distingués des accords conclus au sein d'une unité économique et sociale* », circulaire du 22 septembre 2004, relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁹⁸² Circ. DRT, 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, fiche n° 5, pt 1 : BO min. trav. n° 2004-20, 5 novembre 2005 ; JO 31 oct. 2004, p. 18472.

⁹⁸³ L'arrêt du 2 décembre 2003 vise les « *accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale* ». L'ensemble des sociétés est concerné par ces accords collectifs communs.

⁹⁸⁴ G. AUZERO, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, préc.

⁹⁸⁵ N. DAUXERRE, G. LAFERRIERE, « Unité économique et sociale et négociation collective », JCP S 2006, 1775

Concernant l'employeur, la présence de plusieurs personnes juridiques au sein de l'UES suppose une pluralité d'employeurs. Il est certain que la concentration du pouvoir de direction, exigée comme élément constitutif de l'UES, tend à démontrer la présence d'une unité de direction. Mais, elle ne suffit pas pour autant à identifier un « *employeur* ». Derrière cette unité de direction peuvent se cacher plusieurs personnes qui ne sont pas forcément unies entre elles par un représentant commun⁹⁸⁶. Ces personnes juridiques demeurent juridiquement distinctes après la reconnaissance de l'UES. Elles doivent toutes signer l'accord⁹⁸⁷ à moins que ne soit délivré un « *mandat exprès au détenteur du pouvoir de direction, représentant unique* »⁹⁸⁸. Par le biais du mandat, la personne désignée par les autres entités juridiques pour négocier une convention ou un accord collectif au niveau de l'UES peut s'engager en ayant effectivement la capacité d'engagement.

Concernant les acteurs syndicaux, la loi précise que ce sont les « *organisations syndicales représentatives* » qui négocient et qui concluent un accord collectif⁹⁸⁹. L'article L. 2231-1 du Code du travail dispose que les organisations sont considérées comme étant représentatives « *dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* ». Dans le cadre de l'UES, la représentativité syndicale s'apprécie donc au niveau de l'UES⁹⁹⁰ et non pas au niveau de chaque entité juridique. En théorie, la présence d'un délégué syndical désigné par son organisation syndicale représentative doit pouvoir être relevée en présence d'une UES. En effet, suite à la reconnaissance de l'UES, la mise en place d'un comité d'entreprise commun aux différentes personnes morales formant l'UES est « *obligatoire* »⁹⁹¹. Les organisations syndicales qui ont « *recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, (...) quel que soit le nombre de votants* » sont alors représentatives⁹⁹² et peuvent désigner un délégué syndical. C'est ce dernier qui devient l'interlocuteur privilégié pour négocier un accord collectif au niveau de l'UES. Chaque organisation syndicale représentative constitue une délégation syndicale composée du délégué ou des délégués ainsi que de salariés de l'UES en fonction de l'accord signé par les parties⁹⁹³. Le délégué syndical

⁹⁸⁶ V. *infra*, n° 115

⁹⁸⁷ Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, préc.

⁹⁸⁸ N. Dauxerre, G. Laferrière, art. préc.

⁹⁸⁹ C. trav. art. L. 2231-1 ; C. trav. art. L. 2232-16

⁹⁹⁰ Cass. soc. 23 avr. 1980, n° 80-60.009, Bull. civ. V, n° 336 ; Cass. soc. 27 mai 1997, n° 96-60.068, Dr. soc. 1997, p. 759

⁹⁹¹ C. trav. art. L. 2322-4

⁹⁹² C. trav. art. L. 2122-1. Il faut également que les organisations syndicales satisfassent « *aux critères de l'article L. 2121-1* »

⁹⁹³ C. trav. art. L. 2232-17

qui représente chaque organisation syndicale est alors apte à mener la négociation collective au niveau de l'UES dont l'effectif de 50 salariés a été atteint.

S'il n'y a pas de délégué syndical au niveau de l'UES, l'article L. 2232-21 du Code du travail prévoit d'autres interlocuteurs pour négocier l'accord. Celui-ci peut ainsi être conclu avec les représentants du personnel, avec un ou plusieurs salariés mandatés ou avec un représentant de la section syndicale. Cette hypothèse devrait en principe être exceptionnelle puisque l'UES entraîne l'organisation des élections du comité d'entreprise, ce qui permet à une organisation syndicale d'être représentative en fonction de l'audience recueillie lors de ces élections.

344. Le contenu de l'accord – Les parties qui se réunissent pour négocier un accord collectif au niveau d'une UES peuvent fixer librement le contenu de l'accord. À l'instar de toute négociation collective d'entreprise, « *l'ensemble des conditions d'emploi et de travail et leurs garanties sociales* »⁹⁹⁴ peuvent être abordées dans cet accord collectif. Dans le respect des lois⁹⁹⁵, les parties peuvent limiter l'accord à un thème particulier ou à certains thèmes précis. Ce sont les parties qui déterminent les conséquences que la reconnaissance d'une UES entraîne⁹⁹⁶. Plus le nombre de thèmes abordés est conséquent, plus l'UES s'apparente à une entreprise en droit du travail⁹⁹⁷.

Pour autant, la possibilité offerte de négocier une convention collective au niveau d'une UES entraîne-t-elle nécessairement la mise en place de la négociation annuelle obligatoire au niveau de cette UES ? La loi précise que « *dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur les matières prévues par le présent chapitre* »⁹⁹⁸. C'est au niveau de l'entreprise que doit être engagée la négociation annuelle⁹⁹⁹. Concernant l'UES, si elle est avant tout considérée comme une entreprise, une telle négociation doit avoir lieu au niveau de

⁹⁹⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 85

⁹⁹⁵ C. trav. art. L. 2251-1

⁹⁹⁶ « *Un accord collectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés, peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place d'institutions représentatives du personnel* », Cass. soc. 10 juill. 2007, n° 04-40.332, JCP S. 2007, 1698, comm. G. BLANC-JOUVAN.

⁹⁹⁷ À l'instar de tout accord d'entreprise, l'accord UES doit « *prévoir les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé* » (C. trav. art. L. 2222-5), ainsi que « *les conditions dans lesquelles il peut être dénoncé* » (C. trav. art. L. 2222-6).

⁹⁹⁸ C. trav. art. L. 2242-1

⁹⁹⁹ Cass. soc. 21 mars 1990, n° 88-14.794, Bull. civ. V, n° 139, D. 1991, somm. 155, obs. J. GOINEAU ; Cah. soc. barreau Paris 1990, A. 27, p. 125, ; RJS 1990. n° 400

l'UES. La désignation du délégué syndical au niveau de l'UES renforce cette idée d'UES-entreprise. Si, à l'inverse, l'UES n'est qu'un rassemblement de personnes juridiques, lesquelles voient leur personnalité juridique préservée, le choix du niveau de la négociation collective doit être laissé aux parties. L'arrêt du 2 décembre 2003¹⁰⁰⁰ semble aller dans ce sens-là. La seule reconnaissance de l'UES ne permet pas d'imposer l'UES comme cadre de la négociation collective. L'UES est alors « *transparente* »¹⁰⁰¹. Mais, dès lors que les parties décident d'entamer la négociation annuelle au niveau de l'UES, cet « *espace social efface ou dépasse le cadre juridique des firmes qui le composent* »¹⁰⁰².

345. Conclusion – La négociation collective peut se dérouler au niveau d'une UES. Mais, cela n'est pas une obligation pour les parties lesquelles restent libres de choisir le cadre dans lequel s'exerce la négociation collective d'entreprise. Lorsque les parties décident de négocier au niveau de l'UES, cet accord collectif est alors mis en œuvre à ce niveau-là.

B- L'APPLICATION DE L'ACCORD

346. La coexistence d'accords d'entreprise – L'accord est signé selon les conditions fixées par la loi en matière de négociation d'entreprise. L'accord est ensuite mis en œuvre par les parties au niveau de l'UES. Il y a lieu de relever les spécificités de cet accord d'UES. Cet accord d'UES ne constitue pas pleinement et simplement un accord d'entreprise. Il faut prendre en considération la présence de personnes morales au sein de l'UES.

Ainsi, lorsque les parties intéressées décident de signer un accord collectif au niveau de l'UES, cet accord ne rend pas caduc les accords d'entreprise qui existaient jusqu'à lors au niveau de chaque personne morale composant l'UES. De même, cet accord UES ne peut pas prévoir que les accords d'entreprise vont cesser d'être applicables à partir du moment où l'accord UES entre en vigueur. Ces accords peuvent seulement faire l'objet d'une dénonciation en respectant les termes prévus par chacun de ces accords. Par conséquent, ces accords demeurent valables. Ils sont en principe applicables. Il y a alors une coexistence d'accords d'entreprise.

¹⁰⁰⁰ Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, préc.

¹⁰⁰¹ *Lamy Négociation Collective*, Droit et Pratique, Tome 1, 2008, n° 500-26

¹⁰⁰² B. BOUBLI, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S. 2012, 1131

La jurisprudence, dans l'arrêt du 2 décembre 2003¹⁰⁰³, ne précise pas comment se résout cette articulation. Pour les auteurs, « *la coexistence de l'accord UES et des accords propres à chaque société se réglera par l'application de la clause conventionnelle la plus favorable* »¹⁰⁰⁴. Cette coexistence n'est pas forcément des plus simples dans la gestion au quotidien des conventions. Mais, cela a l'avantage d'avoir toujours un accord d'entreprise en vigueur. L'accord UES peut être remis en cause relativement facilement. Sa cessation n'entraîne pas alors pour autant un « *vide conventionnel* » puisque l'accord d'entreprise reste applicable.

347. Coexistence avec un accord de groupe et de branche – Lorsque la reconnaissance d'une UES se fait au sein d'un groupe doté d'un comité de groupe, un accord UES est susceptible d'être applicable en même temps qu'un accord de groupe. La loi n'ayant pas fixé les règles en la matière, « *le texte conventionnel le plus favorable* »¹⁰⁰⁵ doit être appliqué. En revanche, si l'accord UES constitue un accord dérogatoire, il s'appliquera alors au détriment de l'accord de groupe. Pour que l'accord de groupe s'applique, il faut qu'il soit plus favorable que l'accord UES.

L'application de l'accord UES devient plus délicate lorsque les personnes morales composant l'UES ne sont pas toutes rattachées à la même convention de branche. La reconnaissance d'une UES n'est pas incompatible avec l'existence de plusieurs accords de branche, la présence de la même convention de branche ne constituant qu'un indice de l'unité sociale. Il n'y a pas de difficulté majeure lorsqu'un accord UES est plus favorable qu'un accord de branche. Le texte conventionnel le plus favorable s'applique alors. En revanche, si l'accord UES est dérogatoire et que ces accords de branche interdisent de telles dérogations, l'applicabilité de l'accord UES peut être remise en cause. L'accord UES doit s'appliquer intégralement dans son périmètre d'application. Dès lors qu'il ne peut être mis en œuvre au sein d'une société qui relève d'un accord de branche interdisant les accords dérogatoires, l'accord UES n'est pas applicable. Il peut ainsi y avoir une incompatibilité entre les accords de branche et l'accord UES lorsque les dispositions des accords de branche ne sont pas respectées par l'accord UES. Celui-ci peut difficilement concilier toutes les directions données par les accords de branche lorsque celles-ci sont incompatibles. Il en est ainsi d'un

¹⁰⁰³ Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, Bull. civ. V, n° 310

¹⁰⁰⁴ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 94

¹⁰⁰⁵ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 95

accord de branche imposant « *l'affiliation à un régime de prévoyance* »¹⁰⁰⁶ tandis que l'accord UES vise la mise en place d'un tel régime. La coexistence de ces deux accords se fait au détriment de l'accord UES lequel est paralysé du fait de certaines de ses dispositions qui ne respectent pas les accords de branche. La présence de plusieurs conventions de branche rend difficile la conclusion d'un accord UES et son application.

348. Conclusion – Le législateur a opéré un travail de « *fourmi* » ces dernières années en permettant, pas à pas, à l'UES d'exister par-delà le monde de la seule représentation du personnel. Ce travail apparaît quelque peu déroutant, dans le sens où il est difficile de voir une ligne directrice se dessiner derrière ces diverses législations. La volonté de parvenir à une assimilation totale de l'UES à l'entreprise sur le plan des relations collectives de travail ne se dessine pas clairement. En ce sens, c'est un travail inachevé que nous donne aujourd'hui le législateur et qui pourrait demeurer inachevable dans les temps futurs, l'UES ne pouvant pas être considérée comme une entreprise à part entière. L'ensemble des obligations qui naissent dans une entreprise en droit du travail peuvent difficilement s'appliquer dans le cadre d'une UES. Notion atypique, l'UES n'évince pas les entités qui la composent. Elle se concilie dès lors mal avec les relations individuelles de travail.

Section 2

Les relations individuelles de travail

349. Défaut de qualité d'employeur – Selon la jurisprudence, la reconnaissance d'une UES a « *pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail* »¹⁰⁰⁷. Ce sont ainsi essentiellement les relations collectives de travail qui sont concernées par l'UES. *A priori*, les relations individuelles de travail ne rentrent donc pas dans le champ de compétences de l'UES. C'est donc de manière logique que la qualité d'employeur n'est pas attribuée à l'UES (§1).

¹⁰⁰⁶ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, op. cit., p. 94

¹⁰⁰⁷ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875,

350. Présence faible de l'UES en matière de relations individuelles – Il en résulte que, globalement, les relations individuelles de travail ne peuvent être assujetties à la notion d'UES. Il n'y a pas de pertinence de voir l'UES comme cadre des relations employeur-salariés (§2). La jurisprudence semble durcir sa position envers l'UES. En rattachant essentiellement l'UES aux seules relations collectives de travail, la jurisprudence entend faire en sorte que l'UES ne devienne pas un concept « *mou* »¹⁰⁰⁸ dépourvu de contenu juridique.

§1 – LE STATUT D'EMPLOYEUR REFUSÉ À L'UES

351. Défaut de personnalité juridique – Par un arrêt en date du 16 décembre 2008¹⁰⁰⁹, la Cour de cassation a mis un frein au développement de la notion d'UES en limitant les effets de la reconnaissance conventionnelle d'une UES¹⁰¹⁰. Cet arrêt constitue un condensé de la vision actuelle de l'UES, que ce soit au niveau de sa nature, de son objet ou de ses effets.

Raisonnant en deux temps, la Cour de cassation refuse, dans un premier temps, la qualité de personne morale à l'UES (A), ceci expliquant que, dans un second temps, la Cour réfute la qualité d'employeur à l'UES (B).

A – LE REFUS D'ATTRIBUER LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE À L'UES

352. Le principe – Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise l'objet de l'UES pour ensuite en tirer les conséquences. L'UES permet d'assurer la protection de l'ensemble des salariés intégrés à l'UES. C'est la collectivité de travailleurs qui est ici visée par la reconnaissance de l'UES, et non pas les rapports établis entre l'employeur et chacun de ses salariés (1). De ce fait, chacune des personnes morales composant l'UES conserve sa

¹⁰⁰⁸ B. LARDY-PELISSIER, « L'UES ne peut avoir la qualité d'employeur », Rev. dr. trav. 2009, p. 228

¹⁰⁰⁹ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255, D. 2009, p. 986 ; Rev. dr. trav. 2009, p. 228 ; JCP E 2009, 1149 ; JCP S 2009, 1140, obs. G. BLANC-JOUVAN.

¹⁰¹⁰ La Cour de cassation met, dans l'arrêt du 16 décembre 2008, en avant « *deux principes essentiels en matière d'UES, qui apparaissent, par la clarté de leur affirmation, comme un « coup de frein » au développement d'une notion devenue de plus en plus envahissante en droit du travail* », G. BLANC-JOUVAN, « Une UES n'a pas la personnalité morale », JCP S 2009, 1140

personnalité juridique. Il n'y a pas de substitution des personnes juridiques par l'UES. Celle-ci est donc dépourvue de la personnalité juridique (2).

1 – la protection de la collectivité des salariés assurée par l'UES

353. Les faits de l'espèce – L'arrêt du 16 décembre 2008 trouve son origine dans un contentieux portant sur le contenu d'un accord collectif reconnaissant une UES. En l'espèce, un groupe de sociétés d'assurances et de sociétés aux activités connexes ou annexes avait conclu un accord collectif avec des syndicats représentatifs en vue d'établir une UES entre certaines sociétés du groupe. L'article 1-2 de l'accord stipulait, d'une part, que « *les entités formant l'UES Assurance-France Generali constituent l'entreprise Assurance France Generali, au sens du droit du travail, laquelle délimite le cadre naturel des relations collectives et individuelles de travail* », et, d'autre part, que « *l'entreprise Assurance France Generali est l'employeur unique au sens du droit du travail des salariés affectés aux structures visées à l'article 1.1 ci-dessus, en tant que c'est sur elle que pèse à leur profit l'ensemble des obligations légales et conventionnelles attachées à l'exécution de leur contrat de travail.* »

Au regard de cet accord, l'UES devait servir de « *cadre d'exercice aux relations individuelles de travail* »¹⁰¹¹, les contrats de travail de chaque entité juridique composant l'UES étant transférés à l'UES. Un syndicat représentatif non signataire avait alors demandé en justice l'annulation de cette disposition. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 31 mai 2007, est venue confirmer le jugement rendu par le tribunal de grande instance. Les juges ont estimé que l'UES « *est éminemment évolutive et qu'elle ne se substitue pas aux sociétés la composant qui conservent leur pleine capacité juridique* ». Pour les juges, il en résulte que l'UES « *n'a pas la personnalité morale* ». Dès lors, l'UES AFG qui avait diligenté l'appel était « *irrecevable en son appel* ». La Cour d'appel avait en outre « *déclaré nulles et de nul effet les dispositions de l'article 1-2 de l'accord collectif du 13 octobre 2004, et ordonné aux sociétés de rectifier les bulletins de salaires de l'ensemble de leurs salariés en portant leur propre nom en qualité d'employeur aux lieu et place de celui d'UES Assurance France Generali* ».

¹⁰¹¹ F. PETIT, « L'unité économique et sociale n'a pas la personnalité juridique », D. 2009, p. 986

354. Arrêt confirmatif – La Cour de cassation, le 16 décembre 2008, rend un arrêt confirmatif. Après avoir rappelé les éléments constitutifs de l'UES¹⁰¹², elle précise que l'UES a d'abord pour vocation à constituer un cadre d'exercice de droits essentiellement collectifs. L'UES a ainsi pour objet « *d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* ». La notion d'UES permet d'assurer « *une protection effective et efficace* »¹⁰¹³ de la collectivité de travail. C'est cette collectivité de travail qui constitue l'unité sociale et qui bénéficie ainsi des effets susceptibles d'être attachés à l'UES. Par effet de ricochet, chacun des salariés composant cette collectivité de travail bénéficie de l'UES. Mais, c'est leur appartenance à cette collectivité de travail qui permet aux salariés de tirer parti de l'UES. Le profit qu'ils en retirent concerne les intérêts qu'ils ont en commun, et non pas leur intérêt personnel. N'ayant pas de lien contractuel avec les salariés des entités juridiques qui composent l'UES, le seul lien qui unit les salariés à l'UES se fait par la « *représentativité* »¹⁰¹⁴ qu'assure l'UES à leur égard. Antoine Lyon-Caen résume en quelques mots l'objet de l'UES : « *l'UES identifie une collectivité en vue de sa représentation* »¹⁰¹⁵. Cet objet initial de l'UES constitue la pierre angulaire de la notion.

La représentation du personnel demeure le pilier essentiel de l'UES, malgré une extension des effets attachés à l'UES. Cette évolution ne modifie pas le rôle premier de l'UES qui est d'assurer « *une meilleure assise à la représentation du personnel* »¹⁰¹⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation en tire dès lors comme conséquence que l'UES « *n'a pas la personnalité juridique* ».

2 – les conséquences

355. Expression collective de l'intérêt des travailleurs – De cette finalité de l'UES, la Cour de cassation en tire comme conséquence que, si la question de la personnalité morale

¹⁰¹² Conformément à sa jurisprudence, la Cour de cassation rappelle que l'UES est reconnue par voie « *conventionnelle ou judiciaire* ». Elle a lieu « *entre des entités juridiques distinctes, ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale* ».

¹⁰¹³ CA Paris, 18^e ch. C, 31 mai 2007, n° 05/20666, A. LYON-CAEN, « L'UES sauvée de ses excès, à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mai 2007 », Semaine sociale Lamy, 2007, n° 1318, p. 9

¹⁰¹⁴ A. LYON-CAEN, art. préc.

¹⁰¹⁵ A. LYON-CAEN, art. préc.

¹⁰¹⁶ A. LYON-CAEN, art. préc.

de l'UES n'est pas dépourvue de logique, il existe un obstacle d'autorité à la qualité de personne morale attachée à l'UES.

Le pourvoi avait pourtant clairement mis en avant les critères de reconnaissance de la personnalité morale, dégagés par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1954¹⁰¹⁷. « *La personnalité morale n'est pas une création de la loi* » rappelle ainsi le pourvoi, qui rajoute que cette personnalité morale « *appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* ». Pour le pourvoi, « *l'unité économique et sociale, groupement reconnu par la loi et pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, possède la personnalité morale* ».

Ces caractéristiques de la personnalité morale sont en partie reprises par la Cour de cassation en matière d'UES. La Cour admet, en effet, que « *la reconnaissance d'une UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité* ». Elle ne semble pas rejeter le raisonnement consistant à rapprocher la thèse de la réalité de la personne morale de la notion d'UES. Le but de l'UES qui consiste à favoriser l'expression collective des salariés paraît alors susceptible de permettre à l'UES la reconnaissance de la personnalité morale.

356. Absence de substitution de l'UES aux entités juridiques – Mais, la Cour de cassation rejette toute idée de personnalité morale attachée à l'UES au regard d'un autre fondement. L'UES « *ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale* ». Cette notion constitue une unité uniquement au regard de la représentation du personnel. Il n'y a pas d'opération de fusion ou de concentration opérée entre ces entités qui composent l'UES en vue de ne constituer qu'une seule entité juridique. L'UES constitue un regroupement d'entités juridiques¹⁰¹⁸. Ce n'est qu'un rapprochement de plusieurs personnes juridiques, lesquelles demeurent personnes juridiques à part entière après la reconnaissance de l'UES. Dès lors, chacune des entités garde sa personnalité morale, ce qui implique que chaque entité garde son patrimoine propre, sa capacité de contracter, d'ester en justice. La Cour de cassation se refuse à modifier cette réalité.

¹⁰¹⁷ « *La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* », Cass. civ, 28 janv. 1954, D. 1954, p. 217

¹⁰¹⁸ L'arrêt d'appel nous dit « *qu'une UES a pour objet le regroupement de diverses sociétés juridiquement distinctes* »

357. Distinction entre l'UES et l'entreprise – Ainsi, à l'instar de l'entreprise en droit du travail, l'UES est dépourvue de la personnalité juridique. Est-ce à dire pour autant que la Cour de cassation assimile l'UES à l'entreprise ? Ne se prononçant pas directement sur ce point, la Cour de cassation ne remet toutefois pas en cause l'argumentation développée par les juges de la cour d'appel de Paris, lesquels décident que l'assimilation de l'UES à l'entreprise, comme l'indiquait l'article 1-2 contesté en l'espèce, « *ne saurait lui conférer la personnalité morale, dans la mesure où le concept d'entreprise est une notion de fait et non de droit et qu'il n'entraîne, pour l'entreprise aucune reconnaissance d'une quelconque personnalité juridique* ». Si l'entreprise et l'UES apparaissent similaires sur ce point, toutes deux étant dépourvues de la personnalité morale, l'UES apparaît être une notion plus stricte que ne l'est l'entreprise. Alors que l'entreprise a vocation à être un espace d'exécution des obligations, que ce soit en matière de relations collectives ou de relations individuelles, l'UES se voit limitée dans ses domaines d'application. Les effets de la reconnaissance d'une UES sont plus restreints que ceux attachés à l'entreprise. Les relations individuelles de travail échappent en partie à l'UES¹⁰¹⁹.

Le refus d'attribuer la personnalité morale à l'UES entraîne comme conséquence le refus de voir l'UES devenir l'employeur des salariés. Chacune des entités juridiques composant l'UES demeure l'employeur de ses salariés.

B – LE REFUS D'ATTRIBUER LA QUALITÉ D'EMPLOYEUR À L'UES

358. Refus d'imposer aux salariés un changement d'employeur – La question de la qualité d'employeur attachée à l'UES était posée par la doctrine¹⁰²⁰ jusqu'à ce que la Cour de cassation vienne y répondre par la négative. L'arrêt du 16 décembre 2008 précise, dans des termes dépourvus d'ambiguïté, qu'un accord collectif « *ne peut faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés* ».

La limite posée à la notion d'UES, au niveau de l'élargissement de ses attributions, est claire : l'UES ne peut être l'employeur des salariés des sociétés qui la composent. Cette qualité revient à chaque société à l'égard de ses salariés. Chaque société est en effet le cocontractant du salarié. Elle est considérée comme étant son employeur, nommément

¹⁰¹⁹ V. *supra*, n° 369 et s.

¹⁰²⁰ *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. DUPAYS et C. GIRODROUX, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2007, n° 2603

désignée dans le contrat de travail. La détermination de l'employeur constituant un élément du contrat de travail, la modification du contrat de travail, que constituerait le changement d'employeur, ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du salarié. En effet, « *la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne* »¹⁰²¹. Il ne peut être imposé d'employeur¹⁰²² comme de « *changement d'employeur* »¹⁰²³ au salarié par un accord collectif. Cette qualification d'employeur « *découle du seul constat de la subordination et des éléments qui sont susceptibles de la caractériser* »¹⁰²⁴.

La loi admet de façon expresse qu'il puisse y avoir de changement d'employeur imposé aux salariés¹⁰²⁵. Mais, en l'espèce, aucune « *disposition législative expresse* » ne permet à un accord collectif d'opérer un changement d'employeur. Dès lors, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'établissement de l'UES par accord collectif n'opère pas *ipso facto* de transfert d'employeur. Chaque salarié garde en principe son employeur nominal¹⁰²⁶, même s'il est vrai que le principe de réalité devrait permettre d'utiliser les notions de coemployeurs et d'employeurs conjoints dans le cadre de l'UES¹⁰²⁷.

359. Refus de voir l'UES comme employeur – L'UES n'étant pas l'employeur, les salariés de la communauté de travail qui composent l'unité sociale ne sont dès lors pas les salariés de l'UES. Ils ne sont pas juridiquement rattachés à l'UES. Ils bénéficient simplement de ce cadre en tant que périmètre de représentation. Leurs contrats de travail ne sont pas modifiés par l'organisation qui est faite des règles collectives dans le cadre de l'UES.

¹⁰²¹ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875

¹⁰²² La qualification d'employeur « *ne saurait résulter d'une prédétermination par voie conventionnelle* », B. LARDY-PELISSIER, art. préc.

¹⁰²³ Cass. soc. 16 déc. 2008, préc.

¹⁰²⁴ B. LARDY-PELISSIER, art. préc. Pour le pourvoi, « *l'existence d'une UES, supposant notamment une unité des pouvoirs de direction et une gestion centralisée du personnel, sa reconnaissance implique que l'UES exerce les prérogatives de l'employeur de sorte que le lien de subordination entre l'UES et les salariés des entités membres existe* ». La Cour de cassation se refuse à admettre une telle solution. Même si les faits d'espèce peuvent parfois sembler mettre en exergue un lien de subordination entre l'UES et les salariés des sociétés membres de l'UES, un tel changement d'employeur n'est pas permis par la loi.

¹⁰²⁵ C. trav. art. L. 1224-1. La jurisprudence applique strictement cette disposition du Code du travail. Selon la Cour de cassation, « *lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail* » (Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-46.134, Bull. civ. V, n° 294, D. 2007, p. 472 ; Rev. dr. trav. 2006, 391).

¹⁰²⁶ « *Le salarié d'une entreprise, ferait-elle partie d'un groupe, ne peut diriger son action salariale que contre son employeur, (...) la cour d'appel, qui a fait ressortir que les sociétés Presto formes et Laser activités n'étaient pas coemployeurs, a légalement justifié sa décision* » (Cass. soc. 10 juill. 2007, n° 04-40.332, JCP S. 2007, 1698, comm. G. BLANC-JOUVAN).

¹⁰²⁷ Cass. soc. 22 sept. 1993, n° 90-42.970 ; Cass. soc. 2 mars 2004, n° 01-47.065 ; Cass. soc. 29 mars 2012, n° 10-23.657

Si l'UES ne peut être considérée comme l'employeur de ces salariés, lui serait-il malgré tout possible de recruter ses propres salariés ? La Cour de cassation semble répondre négativement à cette question en refusant la personnalité juridique à l'UES. Dépourvue de la personnalité morale, l'UES n'a pas la capacité de contracter. Elle ne peut donc pas devenir le cocontractant d'un salarié. L'UES est « *composée de personnes juridiques distinctes* »¹⁰²⁸. Chacune de ces entités conserve sa qualité d'employeur.

Outre l'argument tiré du droit des contrats, « *la plasticité de la configuration d'une UES* »¹⁰²⁹ n'est pas étrangère à la solution de la Cour de cassation. L'UES est une notion en mouvement permanent. Elle est appelée à être reconnue, à évoluer et à disparaître au gré des décisions. Elle doit être régulièrement examinée, qu'il s'agisse de déterminer sa composition, sa recomposition ou sa décomposition. A chaque renouvellement de mandat électif, l'UES est susceptible d'être modifiée afin de correspondre à la nouvelle réalité du terrain¹⁰³⁰. Dès lors, il est opportun que chaque société qui compose l'UES garde sa personnalité juridique propre et reste l'employeur de ses salariés. C'est un gage de stabilité et de sécurité juridique pour les salariés.

En conséquence, à l'inverse de l'entreprise en droit du travail, l'UES se compose de plusieurs employeurs et non pas d'un seul employeur. Ce maintien de la personnalité juridique attachée aux sociétés qui composent l'UES justifie le fait que l'UES ne puisse pas, dans un futur proche, jouer le rôle d'une entreprise en droit du travail. L'UES est cantonnée dans son rôle de fixation d'une circonscription de représentation. En refusant la qualité d'employeur à l'UES, c'est toute une partie importante des relations individuelles de travail qui a vocation à échapper à l'UES. Considérée comme une entreprise en matière de représentation du personnel, elle tend à devenir un simple groupe en matière de relations individuelles de travail.

360. Conclusion – Dans l'arrêt du 16 décembre 2008, la Cour de cassation refuse de voir l'UES comme personne morale et comme employeur. Ce double verrou posé par la Haute Juridiction semble constituer un véritable frein au développement de la notion d'UES. La Cour de cassation laisse malgré tout entrevoir l'idée selon laquelle l'UES n'est pas uniquement une unité de représentation. Se prononçant « *sur la possibilité de faire jouer un*

¹⁰²⁸ Cass. soc. 30 mai 2012, n° 11-11.387

¹⁰²⁹ B. LARDY-PELISSIER, « L'UES ne peut avoir la qualité d'employeur », Rev. dr. trav. 2009, p. 228

¹⁰³⁰ Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009, p. 1147 ; RJS 2009, n° 559

rôle à l'UES dans les relations individuelles de travail »¹⁰³¹, la Cour de cassation admet que d'autres effets peuvent être attachés à l'UES sans pour autant en préciser la nature. L'état actuel du droit positif n'est qu'une ébauche de ce que pourrait être « *la vie juridique au sein de l'UES* »¹⁰³².

§2 – L'ABSENCE DE PERTINENCE DE L'UES COMME CADRE DES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

361. Application de certaines règles de droit uniquement – Toute la matière des relations individuelles de travail n'est pas concernée par l'UES. Le législateur apparaît, pour le moment, relativement timoré sur une éventuelle émancipation de la notion d'UES dans le domaine des relations individuelles. Au regard du droit positif, seules certaines règles bien précises peuvent s'appliquer dans le cadre d'une unité économique et sociale (A). Mais, l'UES étant dépourvue de la personnalité juridique, elle ne peut avoir des attributions dans toute la matière relative aux relations individuelles de travail. Certains domaines de ces relations individuelles lui échappent (B).

A – LE STRICT ENCADREMENT DE L'UES COMME PÉRIMÈTRE D'APPLICATION DE RÈGLES DE DROIT

362. Licenciement – Il n'y a qu'une seule disposition législative portant sur le droit du licenciement économique. L'article L. 1235-10 alinéa 2 du Code du travail décide qu'en matière de licenciement économique dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciements concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, « *la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe* »¹⁰³³. La volonté du

¹⁰³¹ G. BLANC-JOUVAN, « Une UES n'a pas la personnalité morale », JCP S 2009, 1140

¹⁰³² B. LARDY-PELISSIER, art. préc.

¹⁰³³ Cet article illustre à la fois « *l'extension du domaine d'application de la notion d'UES* » (J. DANIEL, « La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES », JCP S 2007, 1931) et l'influence du concept d'UES sur les relations individuelles de travail. Il faut toutefois noter que le législateur intègre la notion d'UES entre les notions d'entreprise et de groupe. De la part du législateur, il peut s'agir de la volonté de distinguer l'UES de l'entreprise et du groupe. L'UES n'est ni une entreprise ni un groupe. C'est une notion spécifique et c'est pour cela qu'il faut viser l'UES pour l'application de la règle de droit. Il peut également s'agir de la volonté

législateur reste somme toute relative. Cette unique référence expresse à l'UES par la loi est compensée par des actes administratifs qui incluent les UES dans le champ d'application de certaines règles de droit¹⁰³⁴.

Face à de nombreuses interrogations visant l'ensemble du droit du licenciement économique, la jurisprudence a été amenée à trancher la question d'une extension possible de l'applicabilité de la notion d'UES à d'autres hypothèses visant le licenciement économique. La Cour de cassation n'interprète pas systématiquement le silence du législateur comme un refus de sa part d'inclure l'UES dans les relations individuelles de travail. Mais, la Cour n'assimile pas non plus la notion d'UES à celle d'entreprise. C'est un examen au cas par cas qui est ici réalisé par la jurisprudence, qu'il s'agisse des salariés non protégés (1) ou des salariés protégés (2).

1 – le licenciement économique pour les salariés non protégés

363. Jurisprudence éparse – Il existe très peu d'arrêts de la Cour de cassation décidant si les dispositions portant sur le licenciement économique sont applicables à l'UES.

de préciser que la règle visée par l'article L. 1235-10 du Code du travail s'applique aux structures que sont l'entreprise, l'UES et le groupe. Ce ne sont plus les distinctions entre ces notions qui priment, mais le fait que l'UES, en quelque sorte inscrite entre l'entreprise et le groupe, tient à la fois de l'entreprise et du groupe. Au-delà des relations collectives de travail, et spécifiquement de la représentation du personnel, l'UES se justifie comme cadre d'action pour les relations individuelles de travail.

¹⁰³⁴ Il en est ainsi de la circulaire DGEFP/DRT/DSS n° 2002/1 du 5 mai 2002 (Circ.DGEFP/DRT/DSS n° 2002/1 du 5 mai 2002 relative à la mise en œuvre des articles 93 à 123 de la loi de modernisation sociale (volet licenciement pour motif économique), BOMT n° 2002/11, p. 219). Alors que l'article L. 1233-71 du Code du travail oblige l'employeur, « *dans les entreprises ou les établissements de mille salariés et plus* » à proposer « *à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique un congé de reclassement* », la circulaire fait également peser cette obligation aux UES. « *L'obligation prévue à l'article 119 de la loi de modernisation sociale s'applique également aux unités économiques et sociales dès lors que les entreprises constituant ces unités économiques et sociales emploient plus de mille salariés.* » dispose la circulaire du 5 mai 2002. Cette solution s'expliquait facilement, avant la nouvelle codification du Code du travail entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008. L'article L. 321-4-1 du Code du travail s'appliquait aux entreprises et établissements occupant au moins mille salariés, ainsi qu'aux « *entreprises visées à l'article L. 439-6 et celles visées à l'article L. 439-1 dès lors qu'elles occupent ensemble au moins mille salariés* ». Le premier de ces articles visait les « *entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire* ». Le second de ces articles, relatif à la mise en place du comité de groupe, renvoyait « *à l'article L. 431-1* » pour connaître le champ d'application de ses dispositions. Or, ce dernier article, portant sur le comité d'entreprise, précise expressément quelles sont les entreprises susceptibles d'être concernées par le comité d'entreprise. Les unités économiques et sociales y sont expressément visées. La précision apportée par la circulaire s'expliquait par ce jeu de renvoi. Mais, aujourd'hui, la nouvelle codification rend plus difficilement justifiable la solution de la circulaire. L'article L. 1233-71 du Code du travail renvoie lui aussi à deux articles. Alors que le second, l'article L. 2341-4, vise « *les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire* », le premier, l'article L.2331-1, porte sur la mise en place du comité de groupe. Cet article a été modifié par la nouvelle codification. Il n'y a pas de renvoi effectué vers les articles portant sur le comité d'entreprise, et notamment vers l'article L. 2322-4. Au regard des modifications législatives opérées, la solution prônée par la circulaire du 5 mai 2002 ne semble pas constituer une interprétation du texte législatif.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation relativement ancien¹⁰³⁵ semble admettre que les dispositions de l'ancien article L. 122-14-4 du Code du travail¹⁰³⁶ puissent valoir en présence d'une UES. En cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, la loi prévoit le versement possible d'une indemnité dès lors que l'entreprise compte plus de dix salariés. La Cour de cassation a admis, en l'espèce, que cette disposition valait, bien que la société Radar qui avait engagé M. X comptait moins de onze salariés. Pour la Cour, « *le groupe Radar et ses filiales constituait une seule unité économique par laquelle la société Radar assurait une politique économique commune et un contrôle effectif sur les autres sociétés, lesquelles employaient vingt-deux mille salariés* ». M. X pouvait donc se prévaloir des dispositions de cet article et bénéficier ainsi de l'indemnité prévue légalement. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne vise pas expressément « *l'unité économique et sociale* », mais la référence faite à « *l'unité économique* » semble renvoyer à la notion d'UES.

Au-delà de cet arrêt ancien, la jurisprudence a eu l'occasion de décider, dans plusieurs arrêts, du cadre d'appréciation des conditions de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹⁰³⁷. Dans un arrêt du 16 novembre 2010¹⁰³⁸, la Cour de cassation dispose que « *si les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur, il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES* ». Cette solution a fait l'objet de confirmations ultérieures de la part de la Cour de cassation¹⁰³⁹. Selon ce nouveau principe¹⁰⁴⁰, c'est au niveau de l'entreprise entendue comme personne morale que s'apprécient les conditions requises pour établir un plan de sauvegarde de l'emploi sauf si la décision de licencier n'a pas été prise uniquement par l'employeur. Dès lors que la décision a été prise au niveau de l'UES, l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) dépend de l'effectif et du nombre de licenciements prévus au niveau de l'UES. La seule présence d'une UES n'entraîne pas *ipso facto* une extension du périmètre d'appréciation de l'obligation d'établir un PSE à cette UES, puisque l'UES n'a pas la personnalité morale. Cette obligation

¹⁰³⁵ Cass. soc. 1^{er} juin 1988, n° 86-40.174

¹⁰³⁶ recod. art. L. 1235-3 C. trav.

¹⁰³⁷ Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-46.313, JSL 2008, n° 227, 9, comm. M. HAUTEFORT ; J. DANIEL, « La mécanique du licenciement pour motif économique à l'épreuve de l'UES », JCP S. 2007, 1949,

¹⁰³⁸ Cass. soc. 16 nov. 2010, n° 09-69.485, 09-69.486, 09-69.487, 09-69.488, 09-69.489, Bull. civ. V, n° 258

¹⁰³⁹ Cass. soc. 3 mai 2011, n° 09-72.611 ; Cass. soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581

¹⁰⁴⁰ Dans un arrêt antérieur, la jurisprudence décidait que « *l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan* », Cass. soc. 28 janvier 2009, n° 07-45.481

d'établir un PSE incombe à l'employeur et non à l'UES. Pour que l'UES puisse constituer le cadre d'appréciation de cette obligation, il suffit que la décision de licencier soit prise au niveau de l'UES. Cette jurisprudence met en avant le fait que l'UES est amenée à être prise en compte « *dans les domaines qui lui étaient jusqu'à présent étrangers et notamment le droit du licenciement pour motif économique* »¹⁰⁴¹ et que l'UES, quelques fois tenant du groupe et/ou de l'entreprise¹⁰⁴², constitue un périmètre spécifique, ni pleinement entreprise, ni pleinement groupe.

364. Doctrine – Mais, jusqu'à présent, c'est surtout la doctrine qui s'est beaucoup exprimée sur cette question de l'applicabilité du droit du licenciement économique dans le cadre d'une UES. Les auteurs tentent d'établir un rapprochement entre ce domaine juridique et l'UES en procédant par analogie. Ils essaient de voir dans quelles situations l'UES suit les mêmes contours que le groupe ou l'entreprise pour valoir comme espace d'exécution des obligations.

Il en est ainsi concernant l'obligation de reclassement visée à l'article L. 1233-4 du Code du travail. Pour que le licenciement pour motif économique puisse intervenir, il faut, d'une part, que « *tous les efforts de formation et d'adaptation [aient] été réalisés* », et que, d'autre part, « *le reclassement de l'intéressé ne [puisse] être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.* » Au-delà du périmètre de « *l'entreprise* », qui correspond à l'espace établi par le rapport bilatéral entre le salarié et son employeur, cette recherche de reclassement doit s'effectuer « *dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

¹⁰⁴¹ P.-H. ANTONMATTEI, A. DERUE, D. FABRE, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, BARTHELEMY AVOCATS, *L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, p. 130

¹⁰⁴² Un arrêt du 5 décembre 2006 illustre le rapprochement opéré entre l'UES et l'entreprise pour l'application de l'article L. 1233-61 du Code du travail relatif au plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc. 5 déc. 2006, n° 04-47.465, Rev. dr. trav. 2007, p. 103). Pour la Haute Juridiction, la cour d'appel a justement décidé que le plan social « *répondait aux exigences légales* » du fait, notamment, que « *le plan social mentionnait de façon détaillée les postes offerts au reclassement dans l'unité économique et sociale, ainsi que les mutations envisagées au sein du groupe* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation distingue nettement l'UES du groupe. « *Le reclassement interne* », tel que visé par l'article L. 1233-62 du Code du travail, porte « *sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure* ». Ces actions de reclassement amènent à proposer des emplois qui ne correspondent pas forcément à l'ancien emploi. Elles sont alors limitées à l'entreprise. L'arrêt assimile ici l'UES à l'entreprise en estimant que les postes proposés au reclassement étaient, selon le plan social, à raison, proposés au niveau de l'UES. En revanche, c'est au niveau du groupe que les propositions de mutation ont été faites. Le plan social précise que des mutations sont envisagées au niveau du groupe. Ces mutations le sont vraisemblablement par le biais des clauses de mobilité incluses dans les contrats de travail des intéressés. Une telle action correspond alors aux « *actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise* » (C. trav. art. L.1233-62 3). Le groupe a un sens plus large que l'UES, laquelle est entendue comme entreprise.

La jurisprudence précise et encadre la notion de « *groupe* »¹⁰⁴³. Notion spécifique, le groupe de reclassement n'est pas entendu trop largement. Ce ne sont pas les liens juridiques établis entre les structures juridiques ou le contrôle économique opéré par une société sur d'autres qui permettent de vérifier l'appartenance à un groupe. Cette appartenance s'opère « *parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »¹⁰⁴⁴. L'existence d'un tel groupe d'entreprises est caractérisée, dans un arrêt du 5 octobre 1999¹⁰⁴⁵, par le fait que « *le contrat de travail prévoyait que le salarié pourrait être affecté dans des filiales, sociétés mères ou partenaires de l'employeur* » et que « *plusieurs salariés avaient été affectés dans lesdites sociétés* ». L'obligation de reclassement de l'employeur constitue le corollaire de l'obligation de mobilité, qu'elle soit contractualisée ou réalisée. C'est à tout le moins une définition étroite du groupe que nous donne la jurisprudence. C'est un « *groupe de permutation* »¹⁰⁴⁶ qui doit être recherché pour mettre en place l'obligation de reclassement.

Cette définition spécifique du groupe trouve un certain écho dans la notion d'UES. Parmi les indices de l'unité sociale, celui de l'interchangeabilité du personnel constitue un indice relativement important et récurrent¹⁰⁴⁷. Lorsque l'UES est reconnue sur la base de cet indice, ses contours peuvent alors correspondre à celui du groupe de reclassement. L'employeur, tenu de reclasser son salarié au-delà de sa propre entreprise, est alors susceptible de porter ses recherches parmi les autres personnes juridiques de l'UES. Son périmètre de recherche correspond au périmètre de l'UES. L'UES, en tant qu'espace de reclassement, tient ainsi lieu de groupe au sens de l'article L. 1233-4 du Code du travail. Mais, toute UES ne constitue pas un groupe de reclassement. Ce n'est pas forcément un espace homogène de mobilité. L'indice de l'interchangeabilité du personnel n'est qu'un indice parmi d'autres¹⁰⁴⁸. Il n'est pas inhérent à la notion d'UES. Dans ce cas-là, l'UES ne s'identifie pas au groupe de reclassement. L'UES n'est pas une notion à contenu unique. Elle peut varier d'une situation à l'autre. La jurisprudence ne s'est pas pour le moment directement

¹⁰⁴³ À titre d'illustration, Cass. soc. 15 déc. 1988, n° 86-42.161, D. 1990, p. 87

¹⁰⁴⁴ Cass. soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690

¹⁰⁴⁵ Cass. soc. 5 oct. 1999, n° 97-41.838, Bull. civ. V, n° 368.

¹⁰⁴⁶ G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes internationaux », Dr. soc. 1995, p. 489 ; B. REYNES, « Définition de la notion de groupe », D. 2000 p. 382

¹⁰⁴⁷ Cass. soc. 6 mai 1985, n° 84-60.664, Bull. civ. V, n° 273 ; Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.343, Dr. soc. 2000, p. 1037 ; Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935

¹⁰⁴⁸ « *le juge du fond, qui a constaté qu'à cette date, il existait une concentration des pouvoirs de direction, des activités complémentaires des deux entreprises et une communauté de travailleurs, laquelle n'implique pas nécessairement une permutableté des salariés, a pu décider qu'il existait une unité économique et sociale* », Cass. soc. 8 avr. 1992, n° 91-60.241, Bull. civ. V, n° 268

prononcée sur cette question de l'applicabilité ou non de l'article L. 1233-4 du Code du travail à l'UES. En revanche, la jurisprudence a pu décider que la réintégration d'un salarié protégé suite à l'annulation de son licenciement devait se faire dans le périmètre de l'UES.

2 – la réintégration d'un salarié protégé

365. L'UES comme périmètre de réintégration – Les représentants du personnel sont des salariés protégés, en ce sens qu'ils bénéficient d'une protection de leur emploi¹⁰⁴⁹. Ainsi, l'employeur souhaitant les licencier est tenu de respecter une procédure spéciale, qui consiste, notamment, à obtenir au préalable l'autorisation de l'inspecteur du travail¹⁰⁵⁰. Cette protection légale leur permet de ne pas subir, dans le cadre de leur contrat de travail, les conséquences de leur action menée au niveau de leur mandat. S'il apparaît que le licenciement est nul, par suite du défaut d'autorisation ou de refus d'autorisation¹⁰⁵¹, *« le salarié concerné a le droit, s'il le demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent »*¹⁰⁵².

Le législateur ne détermine pas le périmètre de réintégration du salarié protégé. La notion d'UES n'est pas visée par la loi. Ce qui importe c'est d'aboutir à une réintégration *« dans son emploi ou dans un emploi équivalent »*¹⁰⁵³. La jurisprudence a alors dû préciser ce périmètre de réintégration. Pour les juges, celle-ci doit pouvoir se faire au niveau de l'entreprise du salarié, mais également au niveau de l'UES à laquelle appartient l'entreprise du salarié.

¹⁰⁴⁹ Cass. soc. 18 nov. 1998, n° 96-42.810, Bull. civ. V, n° 508 ; Cass. soc. 28 janv. 2009, n° 08-41.633, Bull. civ. V, n° 25, RDT 2009, p. 248

¹⁰⁵⁰ C. trav. art. L. 2411-3 pour les délégués syndicaux ; C. trav. art. L. 2421-3 pour les délégués du personnel, les membres du comité d'entreprise et ceux du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

¹⁰⁵¹ L'article L. 2422-1 du Code du travail précise dans quelles hypothèses la réintégration du salarié protégé s'opère : *« lorsque le ministre compétent annule, sur recours hiérarchique, la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un salarié investi de l'un des mandats énumérés ci-après, ou lorsque le juge administratif annule la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail ou du ministre compétent »*.

¹⁰⁵² C. trav. art. L. 2422-1

¹⁰⁵³ La réintégration doit être effective, en ce sens que le salarié protégé doit pouvoir retrouver ses fonctions et son ancienneté (Cass. soc. 23 juin 1999, Bull. civ. V, n° 294). La mise en disponibilité du salarié ne constitue pas une réintégration. Il faut confier un travail au salarié. *« Ce n'est que dans le cas où cet emploi n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial »* (Cass. soc. 24 janv. 1990 n° 89-41.003, Bull. civ. V, n° 32, RJS 1990 n° 138 ; Cass. soc. 24 juin 1998 n° 95-44.388, Bull. civ. V, n° 339 ; RJS 1998 n° 1018).

La notion d'UES comme périmètre de réintégration pour tout salarié protégé est utilisée pour la première fois¹⁰⁵⁴ par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 octobre 2001¹⁰⁵⁵. La Haute Juridiction décide que « *lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas, en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue, le périmètre de réintégration d'un salarié protégé, s'étend à toutes les personnes juridiques constituant ce groupe* ». Dans cette affaire, un salarié protégé avait fait l'objet d'un licenciement. Suite à la constatation de la violation du statut protecteur, une première cour d'appel avait ordonné sa réintégration dans son emploi. Or, sa société ayant été mise en liquidation judiciaire, le salarié ne pouvait prétendre à cette réintégration. Il entendait, malgré cela, « *obtenir sa réintégration dans une des sociétés du groupe* » que dirigeait son employeur. Une autre cour d'appel avait rejeté cette demande arguant « *que l'unité de dirigeant ne suffit pas à donner à chacune des sociétés la qualité d'employeur, que le salarié n'a pas collaboré à d'autres sociétés du groupe* ». Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation. La reconnaissance d'une UES entre la société employeur et une autre société aurait dû être prise en compte par le juge, lequel se devait de vérifier si la réintégration du salarié protégé ne pouvait pas avoir lieu au niveau de cette autre société.

366. UES entendue comme entreprise – La Cour de cassation fonde son argumentation sur la notion d'entreprise¹⁰⁵⁶. Dans un premier temps, c'est l'entreprise entendue strictement qui se doit de réintégrer le salarié protégé. Sa qualité d'employeur l'oblige à le faire dès lors que le salarié demande sa réintégration. Dans un second temps, c'est l'entreprise au sens d'UES qui est visée par cette obligation¹⁰⁵⁷.

L'extension de la demande de réintégration à l'ensemble des personnes juridiques composant l'UES n'est possible qu'à partir du moment où l'entreprise d'origine du salarié a disparu. Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut pas être libéré en arguant du fait que

¹⁰⁵⁴ Un arrêt du 4 mars 1998 avait déjà décidé que l'obligation de réintégration s'imposait à toutes les entreprises composant l'UES, la Cour de cassation disposant que « *l'employeur avait l'obligation de réintégrer les salariés dont les contrats de travail n'avaient pas été valablement rompus de sorte que le refus opposé par les sociétés SHC, Avisa et Soverex constituait un trouble manifestement illicite* ». La reconnaissance préalable de l'UES entre ces sociétés et la société BVO employeur des salariés permettait d'élargir le périmètre de réintégration de ces salariés élus, au niveau de l'UES, membres titulaires du comité d'entreprise à l'ensemble des sociétés de l'UES. Cet arrêt ne portait que sur les salariés élus au comité d'entreprise. Il ne permettait pas de savoir si la même solution valait pour les autres représentants du personnel (Cass. soc. 4 mars 1998, n° 96-44.704, RJS 1998 n° 495).

¹⁰⁵⁵ Cass. soc. 16 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 324; D. 2002, p. 770; RJS 2001, n° 1446

¹⁰⁵⁶ « *L'arrêt du 16 octobre 2001 témoigne ainsi de l'importance que revêt encore l'entreprise aux yeux de la Chambre sociale* », comm. E. PESKINE, « Groupe et périmètre de réintégration d'un salarié protégé », D. 2002, p. 770

¹⁰⁵⁷ Cass. soc. 31 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 33, D. 2001, inf. rap., p. 750

« l'entreprise a disparu, ou celui où il existe une impossibilité absolue de réintégration »¹⁰⁵⁸. S'il est certain que l'entreprise d'origine a disparu suite à sa liquidation judiciaire, l'UES reconnue constitue un cadre possible de réintégration. La présence de l'entreprise d'origine au sein de l'UES et sa disparition entraînent pour les autres entités juridiques de l'UES l'obligation d'intégrer le salarié protégé en leur sein. Le périmètre de réintégration d'un salarié protégé est élargi à toutes les entités composant une UES dès lors que l'entreprise d'origine n'existe plus. Il ne s'agit pas pour la Cour de cassation d'élargir ce périmètre de réintégration à l'ensemble du groupe auquel appartient l'entreprise d'origine du salarié. Seule l'UES est concernée par cette extension du périmètre de recherche, parce qu'elle est constitutive d'une entreprise en droit du travail.

367. L'UES distincte de l'entreprise – Cette conception relativement stricte du périmètre de réintégration est confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 novembre 2008. Dans des termes dépourvus d'ambiguïté, elle dispose que « *le périmètre de réintégration d'un salarié protégé, en cas d'annulation de la décision de l'inspecteur du travail autorisant son licenciement, s'étend uniquement à l'entreprise et à l'unité économique et sociale reconnue entre cette entité et d'autres personnes juridiques* »¹⁰⁵⁹. La réintégration du salarié protégé ne peut se faire qu'au niveau de l'entreprise d'origine du salarié ou au niveau des entités juridiques composant une UES¹⁰⁶⁰.

Dans les deux arrêts précités, la Cour de cassation n'utilise pas les mêmes termes pour qualifier l'UES. Dans l'arrêt du 16 octobre 2001, l'unité économique et sociale constitue l'entreprise. C'est à ce titre que pèse sur les personnes juridiques composant l'UES l'obligation de réintégration d'un salarié protégé. Pour autant, la Cour de cassation ne semble pas assimiler totalement les deux notions. Tout groupe constitutif d'une entreprise ne coïncide pas nécessairement avec une UES¹⁰⁶¹. L'entreprise est entendue dans un sens plus large que ne l'est l'UES, tout en ayant la possibilité de se recouvrir. Dans l'arrêt du 19 novembre 2008, la Cour de cassation ne précise pas si l'UES constitue une entreprise. Elle vise simplement l'extension du périmètre de réintégration « *à l'entreprise et à l'unité économique et sociale reconnue entre cette entité et d'autres personnes juridiques* ». Le terme d'« entreprise »

¹⁰⁵⁸ Cass. soc. 24 juin 1998, n° 95-44.757, Bull. civ. V, n° 340

¹⁰⁵⁹ Cass. soc. 19 nov. 2008, n° 07-43.215

¹⁰⁶⁰ Dans l'arrêt du 19 novembre 2008, la Cour de cassation ne paraît pas aussi stricte que dans l'arrêt du 16 octobre 2001. Elle ne semble en effet pas conditionner l'UES comme périmètre de réintégration à la disparition de l'entreprise du salarié. Pour la Cour de cassation, tout salarié protégé qui doit faire l'objet d'une réintégration peut en bénéficier tant au niveau de son entreprise qu'au niveau de l'UES.

¹⁰⁶¹ L'existence d'une seule et même entreprise se vérifie « *en particulier* » lorsqu'une UES est reconnue. Mais, si une UES n'est pas reconnue, cela n'empêche pas nécessairement un groupe de constituer une entreprise.

concerne uniquement l'entité juridique à laquelle le salarié est rattaché par son contrat de travail. C'est son entreprise d'origine. L'UES semble ne constituer qu'un regroupement de personnes juridiques, qui doit être effectivement reconnu pour pouvoir être évoqué comme périmètre de réintégration. Cette reconnaissance préalable de l'UES faisait défaut en l'espèce. La Cour de cassation ne fonde pas son raisonnement à partir d'un rapprochement des notions d'entreprise et d'UES. Ce sont deux notions distinctes. L'utilisation de la notion d'UES n'est pas justifiée par l'assimilation faite de l'UES à l'entreprise.

L'utilisation de la notion pourrait se justifier par rapport au mandat exercé par le salarié protégé. En présence d'une UES, il y a une réorganisation des institutions représentatives du personnel¹⁰⁶². Les salariés protégés exercent leur fonction de représentant du personnel dans le cadre de l'UES. Elargir le périmètre de réintégration à l'ensemble des personnes juridiques composant l'UES peut se justifier ainsi. Mais, cette solution illustre surtout le fait que l'utilisation qui est faite de l'UES n'est précisée qu'au gré des questions posées par des pourvois.

368. Conclusion – Aujourd'hui, la Cour de cassation utilise la notion d'UES en matière de relations individuelles de travail avec beaucoup de précaution. C'est une notion spécifique en droit du travail, qui peut, certes, être parfois confondue avec l'entreprise ou le groupe selon ses éléments constitutifs, mais qui garde le plus souvent ses caractéristiques, ce qui l'empêche d'être assimilée à l'entreprise ou au groupe. L'enthousiasme perçu après les premières lois d'ouverture semble retombé.

B – LE REJET DE L'UES COMME PÉRIMÈTRE D'APPLICATION DE TOUTE RÈGLE DE DROIT

369. Rôle restreint de l'UES – Les implications de la reconnaissance d'une UES ne sont que partiellement précisées par la loi. Loin d'en faire une notion utilisée pour la mise en œuvre de toute règle de droit relative au droit du travail, les quelques références à l'UES faites par la loi mettent en exergue le rôle restreint que semble devoir jouer l'UES en droit du travail. La jurisprudence abonde dans ce sens lorsqu'elle décide que la reconnaissance de l'UES ne suffit pas en soi à justifier l'application de toute règle de droit portant sur les

¹⁰⁶² Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Bull. civ. V, n° 142

relations individuelles de travail. La seule reconnaissance d'UES ne fait pas de l'UES le périmètre d'application de quelque règle que ce soit.

Ce refus de voir l'UES devenir « *en soi* »¹⁰⁶³ le cadre approprié pour l'ensemble des relations individuelles de travail de par sa simple reconnaissance est illustré en matière d'application du principe « *à travail égal, salaire égal* » (1) ainsi qu'en matière de mobilité salariale (2).

1 – l'égalité salariale

370. Principe applicable au niveau de chaque personne morale – Le principe « *à travail égal, salaire égal* », entendu au-delà de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes, a été pleinement affirmé par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 octobre 1996, *Ponsolle*¹⁰⁶⁴. Réaffirmée à maintes reprises depuis lors¹⁰⁶⁵, cette règle signifie que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* »¹⁰⁶⁶. La jurisprudence a fixé le périmètre de référence de ce principe. L'entité juridiquement distincte constitue l'espace d'application de ce principe¹⁰⁶⁷. La jurisprudence ne permet pas de comparer les rémunérations des salariés de plusieurs employeurs, même soumis à une convention collective identique¹⁰⁶⁸.

371. Principe inapplicable dans le cadre d'une UES – La Cour de cassation, dans son arrêt du 1^{er} juin 2005¹⁰⁶⁹, pose le principe de l'inapplicabilité du principe d'égalité de rémunération à l'intérieur du périmètre de l'UES. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se refuse à voir l'UES considérée comme périmètre de référence dans la comparaison des rémunérations.

¹⁰⁶³ P. LOKIEC, « Périmètre d'application du principe « à travail égal, salaire égal » », JCP E 2005, 1190

¹⁰⁶⁴ Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, Bull. civ. V, n° 359 ; D. 1998, p. 259 ; JCP G 1996, IV, 2501 ; Dr. soc. 1996, p. 1013 ; GAD trav. 2004, p. 253

¹⁰⁶⁵ Cass. soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658, RJS 2005, n° 978 ; Cass. soc. 14 sept. 2010, n° 08-44.180, RJS 2010, n° 849

¹⁰⁶⁶ La jurisprudence admet qu'il puisse y avoir des différences de traitement entre salariés, mais pour cela, la différence de traitement entre les salariés placés dans la même situation doit « *reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » (Cass. soc. 30 mai 2012, n° 11-11.092).

¹⁰⁶⁷ La jurisprudence communautaire, qui a fortement inspiré la jurisprudence française sur ce point, décide que l'égalité de rémunération suppose une « *entité responsable de l'irrégularité, qui pourrait rétablir l'égalité de traitement* » (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C320/00, Lawrence).

¹⁰⁶⁸ Cass. soc. 24 sept. 2008, n° 06-45.579

¹⁰⁶⁹ Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143 à 04-42.149, Bull. civ. V, n° 185, JCP E 2005, 1190 ; D. 2005, inf. rap. p. 1590 ; Semaine sociale Lamy, n° 1219, p. 12 ; D. 2006, p. 29

En l'espèce, suite à la reconnaissance judiciaire d'une UES entre trois sociétés, les salariés de la société Plastic services soutenaient qu'ils avaient « *droit à l'avantage salarial correspondant à l'octroi de chèques-déjeuners par la société MLP, ainsi qu'à la prime de 13^e mois payée par leur employeur à d'autres salariés de la société* ». La cour d'appel avait fait droit à cette demande estimant que « *le personnel des trois sociétés travaillait en fait pour la même entreprise et le même employeur* » et que « *ces sociétés avaient la qualité de co-employeurs* ». La Cour de cassation condamne cette interprétation du principe « *à travail égal, salaire égal* » faite par la cour d'appel. Dans un attendu relativement dense, elle décide qu'« *au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

Posant comme principe que la reconnaissance de l'UES n'entraîne pas l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* », la Cour de cassation fonde son argumentation sur la personnalité morale¹⁰⁷⁰. Elle précise que l'UES est « *composée de personnes juridiques distinctes* ». Chacune des entités membres de l'UES est revêtue de la personnalité morale et demeure donc employeur, nonobstant la reconnaissance de l'UES. L'UES, à défaut d'avoir la personnalité juridique et d'être employeur des salariés des sociétés qui la composent, ne peut se voir appliquer le principe de l'égalité de rémunération. L'application de ce principe pèse sur chaque employeur membre de l'UES et il vaut à l'intérieur du périmètre de chaque entité juridique.

Cet arrêt montre que l'UES n'opère qu'un rassemblement de personnes juridiques qui maintiennent leur qualité malgré leur intégration dans une UES. L'UES ne se substitue pas à ces personnes juridiques. Un arrêt du 31 octobre 2012¹⁰⁷¹ est davantage encore explicite sur la nature de l'UES. Pour la Cour de cassation, le principe « *à travail égal, salaire égal* » « *ne s'applique pas lorsque des salariés qui revendiquent le bénéfice d'un droit ou d'un avantage n'appartiennent pas à l'entreprise au sein de laquelle ce droit ou cet avantage est reconnu en*

¹⁰⁷⁰ La cour d'appel n'avait pas fondé sa solution sur l'UES. Elle avait estimé que les sociétés étaient co-employeurs et, qu'à ce titre, il fallait appliquer le principe de l'égalité de rémunération. Or, la qualification de co-employeurs fonde essentiellement « *la responsabilité solidaire de deux employeurs* » (P. LOKIEC, art. préc.). Elle ne paraît pas impliquer que « *les sociétés sont tenues de pratiquer une égalité de rémunération entre elles* » (ibid.).

¹⁰⁷¹ Cass. soc. 31 octobre 2012, n° 11-15.999, n° 11-16.000, n° 11-16.001, n° 11-16.002, n° 11-16.003

vertu d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ». Le périmètre de l'entreprise correspond ici à chaque personne juridique. L'UES en elle-même ne constitue pas l'entreprise. Il ne peut dès lors pas y avoir « *une application systématique des dispositifs du droit du travail à l'UES* »¹⁰⁷² du fait de la présence de plusieurs personnes juridiques au sein de l'UES. Cette présence, inhérente à la notion d'UES, explique que la Cour de cassation requiert deux séries de conditions pour que l'UES puisse être considérée comme le périmètre de référence du principe « *à travail égal, salaire égal* ».

372. Principe applicable dans une UES – La Cour de cassation admet que le principe de l'égalité de rémunérations puisse s'appliquer dans une UES dès lors que « *la loi, une convention ou un accord collectif commun* » l'exigent.

La référence faite à la loi s'explique par la matière législative qui concerne la rémunération des salariés. Le législateur fixe certaines règles¹⁰⁷³. Ces règles légales valent dans l'ensemble des entreprises¹⁰⁷⁴, *a fortiori* dans les UES. Il n'est pas non plus exclu que le législateur décide que le principe de l'égalité de rémunération ait notamment comme périmètre de référence l'UES. Pour le moment, tel n'est pas le cas.

En revanche, il semblerait plus facile d'assurer le principe d'égalité de rémunérations entre les salariés d'une UES en se fondant sur la convention collective. Si les salariés d'une société ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la convention collective applicable dans une autre société de l'UES¹⁰⁷⁵, ils peuvent être amenés à avoir la même convention que l'ensemble des salariés des sociétés membres de l'UES¹⁰⁷⁶. Il peut s'agir soit d'un accord conclu au niveau de l'UES soit d'une convention de branche applicable dans l'ensemble des sociétés de l'UES. Dans son arrêt du 1^{er} juin 2005, et confirmé depuis¹⁰⁷⁷, la Cour de cassation semble permettre aux parties, patronales et syndicales, de décider de l'application

¹⁰⁷² P. LOKIEC, art. préc.

¹⁰⁷³ C. trav. art. L. 3231-1 et s. à propos du salaire minimum interprofessionnel de croissance

¹⁰⁷⁴ « *le manquement de l'employeur à son obligation de paiement d'une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance cause nécessairement un préjudice au salarié dont il appartient au juge d'apprécier le montant* », Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-12.884, Bull. civ. 2011 V, n° 751

¹⁰⁷⁵ La Cour de cassation décide qu'« *en l'absence d'accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif ; que la cour d'appel a exactement décidé que la Société restaurants du Palais des Congrès n'était pas tenue par les accords conclus au sein de la société des Hôtels Concorde* », (Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, Bull. civ. V, n° 310).

¹⁰⁷⁶ L'existence d'une telle convention, commune à l'ensemble des sociétés composant l'UES, constitue un indice à prendre en considération pour reconnaître une UES. C'est ainsi qu'« *une même convention collective, l'existence de permutations et la présence de services et d'avantages communs aux salariés des différentes sociétés étaient de nature à caractériser l'existence d'une unité sociale* », Cass. soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.425, Bull. civ. V, n° 219

¹⁰⁷⁷ Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-44.152 à 157

du principe « *à travail égal, salaire égal* » dans le cadre de l'UES. C'est une possibilité offerte qui suppose une négociation sur ce point. Les différentes personnes morales peuvent ainsi décider de gommer leurs différences au niveau de la rémunération des salariés. Ceci suppose un acte volontaire.

La Cour de cassation offre une troisième possibilité pour appliquer ce principe dans le cadre d'une UES. L'égalité de rémunérations peut s'appliquer dans une UES dès lors que « *le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ». Si l'ensemble des sociétés composant l'UES ou si une partie de ces sociétés est réunie sur un même site, cette localisation géographique identique permet aux salariés de bénéficier du principe de l'égalité de rémunération. La Cour de cassation « *fait totalement fi des frontières de la personnalité morale* »¹⁰⁷⁸. L'UES peut alors être considérée comme une entreprise à établissement unique, du fait du rassemblement de tous les salariés en un même lieu. C'est au niveau de l'UES dans son ensemble que le principe doit alors s'appliquer. L'UES peut, par ailleurs, être entendue comme une entreprise à établissements multiples si seule une partie des salariés travaille au même endroit. Dans ce cas-là, le principe pourra s'appliquer au niveau de cet établissement uniquement.

373. Conclusion – La prééminence du « *cercle des salariés liés par contrat de travail à un même employeur* »¹⁰⁷⁹ ne permet pas à l'ensemble des salariés intégrés dans une UES de bénéficier du principe « *à travail égal, salaire égal* » au niveau de l'UES. Au regard de cet exemple, l'UES ne semble pas constituer le cadre d'exercice des droits individuels. Cependant, la jurisprudence admet que ce principe de l'égalité de rémunérations puisse s'appliquer dans le cadre d'une UES sous certaines conditions. L'UES n'est pas totalement exclue du domaine des droits individuels, même si elle ne constitue pas, pour l'instant, un espace naturel pour ces droits individuels. Le refus d'appliquer une clause de mobilité dans le cadre d'une UES illustre encore cette restriction attachée à l'UES.

¹⁰⁷⁸ P. LOKIEC, art. préc.

¹⁰⁷⁹ A. JEAMMAUD, M.-C. ESCANDE-VARNIOL, J.-F. PAULIN, et autres, « *Droit du travail* », panorama ss Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143, D. 2006, p. 29

2 – la mobilité salariale

374. Inefficacité de la clause de mobilité – Dans son arrêt du 23 septembre 2009¹⁰⁸⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation expose clairement le fait que si une entreprise se fond dans une UES, cela ne signifie pas pour autant qu'un salarié accepte par avance un changement d'employeur. Pour la jurisprudence, « *la clause de mobilité, par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle* ». Ainsi, le salarié lié à son employeur par un contrat de travail ne peut pas être muté dans une autre filiale ou dans une autre société membre de l'UES par le biais d'une clause de mobilité.

En principe, une clause de mobilité vise uniquement un changement de lieu de travail¹⁰⁸¹. Cela permet à un employeur de déplacer un salarié d'un lieu à un autre selon les besoins de sa société. La mise en œuvre d'une telle clause constitue un simple changement des conditions de travail¹⁰⁸². Elle est acceptée au préalable par le salarié, en général lors de la signature du contrat et elle n'implique pas un changement d'employeur¹⁰⁸³. Or, dans l'arrêt du 23 septembre 2009, la clause de mobilité supposait une mobilité du salarié au sein de l'UES. L'UES n'étant pas considérée comme employeur des salariés¹⁰⁸⁴, cette mobilité se faisait inévitablement d'une société à l'autre de l'UES. Pour la Cour de cassation, cela sous-entendait un changement d'employeur pour le salarié. Or, un tel changement constitue une modification du contrat de travail, ce qui suppose l'accord express du salarié pour être effective¹⁰⁸⁵. Cet accord doit intervenir au moment du changement d'employeur. Le salarié doit pouvoir consentir « *librement et en pleine connaissance de cause à un changement d'employeur* »¹⁰⁸⁶. Même s'il apparaît que c'est le même dirigeant qui est à la tête de

¹⁰⁸⁰ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200, Bull. civ. 2009, V, n° 191; Rev. dr. trav. 2009, p. 647; RJS 2009, n° 898

¹⁰⁸¹ Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-41.1999, RJS 2000, n° 13

¹⁰⁸² Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.092, RJS 2008, n° 1161

¹⁰⁸³ Encadrant la pratique des clauses de mobilité, la Cour de cassation décide que la validité des clauses de mobilité géographique est subordonnée à la détermination précise de leur zone géographique d'application et que lorsque l'employeur les met en œuvre il se doit de respecter son devoir de loyauté (J. PELISSIER, A. SUPIOT ET A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2008, p. 418). La clause de mobilité ne doit pas, par ailleurs, porter une atteinte injustifiée ou disproportionnée au droit des salariés à une vie personnelle et familiale (Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, D. 2009, p. 590 ; Rev. dr. trav. 2008, 731).

¹⁰⁸⁴ Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Bull. civ. V, n° 255, D. 2009, p. 986 ; Rev. dr. trav. 2009, p. 228 ; JCP E 2009, 1149 ; JCP S 2009, 1140

¹⁰⁸⁵ La règle de principe est la suivante : « *le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord* », Cass. soc. 5 mai 2004, Dr. soc. 2004, 793

¹⁰⁸⁶ G. AUZERO comm. ss Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200, Rev. dr. trav. 2009, p. 647

plusieurs des sociétés de l'UES, cela ne modifie en rien la règle fixée par la jurisprudence. Les clauses de mobilité ne peuvent être mises en œuvre qu'au sein d'une société, et non pas dans le cadre d'une UES.

375. Autonomie des personnes morales – L'appartenance à une UES ne modifie pas la règle selon laquelle « *un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur* »¹⁰⁸⁷. L'autonomie des personnes morales composant l'UES est, une fois encore, scrupuleusement respectée par la Cour de cassation. Le fait qu'une UES soit reconnue entre plusieurs entités juridiques ne permet pas à ces entités de procéder à une mutation des salariés, à l'intérieur de l'UES, par le biais d'une « *clause de mobilité* »¹⁰⁸⁸. La Haute Juridiction décide implicitement que toute unité économique et sociale n'est pas une entreprise au sens du droit du travail. Les frontières séparant les personnes morales doivent être respectées. Au risque d'y voir une conception étroite de l'UES, cette solution mérite d'assurer une sécurité juridique au salarié. Lié à son employeur par un contrat de travail, l'intégration de son employeur dans une UES ne doit pas lui porter préjudice. Si le salarié souhaite bénéficier d'une mobilité au sein de l'UES, il peut alors faire l'objet d'un détachement provisoire auprès d'une autre société de l'UES ou accepter une proposition de mutation entraînant un changement d'employeur.

376. Conclusion – De l'étude de la portée de la reconnaissance d'une UES ressort un bilan mitigé. Alors que la notion pouvait sembler répondre à toutes les interrogations portant sur l'entreprise en droit du travail en devenant une forme d'entreprise, il apparaît finalement, à la lecture de la jurisprudence, que l'émancipation de l'UES est somme toute très relative. L'UES constitue pleinement un périmètre social de l'entreprise pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Sur ce point-là, très peu de choses ont évolué depuis la construction de la notion, si ce n'est un élargissement du nombre d'institutions appelées à s'installer dans le cadre d'une UES. En revanche, les vœux émis par certains auteurs en faveur de l'utilisation de la notion d'UES dans un grand nombre de situations touchant aux relations collectives et aux relations individuelles de travail restent, en grande partie, lettre-morte. Aujourd'hui, c'est avec beaucoup de prudence que la jurisprudence et la doctrine manipulent la notion d'UES. En matière de relations collectives, seules quelques règles très spécifiques visent l'UES. Les relations collectives ne constituent pas un champ d'intervention en soi pour

¹⁰⁸⁷ Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200

¹⁰⁸⁸ G. AUZERO précise que « *l'on est en réalité en présence non pas d'une clause de « mobilité », mais d'une cession de contrat* », comm. Cass. soc. 23 sept. 2009, préc.

l'UES. Et, les relations individuelles de travail sont encore moins concernées par l'UES au regard du défaut de personnalité morale et de qualité d'employeur conféré à l'UES. La jurisprudence semble, en fin de compte, être assez stricte à l'égard de l'UES. L'ensemble du droit du travail n'est pas concerné par l'UES, laquelle se doit de rester à sa place initiale. La doctrine, dans une large mesure, abonde dans le sens de la jurisprudence.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

377. Instabilité de la reconnaissance – Il ressort de l'étude de la seconde partie un sentiment très mitigé. D'une part, les règles en matière de reconnaissance de l'unité économique et sociale ne semblent pas clairement établies. Alors que le périmètre et les critères de l'UES sont relativement bien établis aujourd'hui, il n'en est rien s'agissant de la reconnaissance de l'UES. Plus exactement, s'agissant des modes de reconnaissance de l'UES, l'état de la jurisprudence semble bien fixé mais ne fait pas l'unanimité, loin s'en faut, au sein de la doctrine. À ces critiques formulées par les auteurs s'ajoutent des changements progressifs au sein de la jurisprudence. Les lignes tracées jusqu'alors semblent bouger progressivement. Il est probable que des changements puissent se produire dans les temps futurs. Il n'est pas certain que le juge compétent en matière de reconnaissance judiciaire de l'UES reste le tribunal d'instance, comme il n'est pas certain que la reconnaissance conventionnelle soit toujours l'objet d'un protocole d'accord préélectoral. Il en résulte une impression d'instabilité. Les solutions émises actuellement par la Haute juridiction ne semblent pas satisfaisantes et sont susceptibles d'évoluer par la suite.

D'autre part, les règles visant la portée de la reconnaissance de l'UES sont décevantes. Le vœu de voir l'UES devenir l'entreprise en droit du travail et, ainsi, de se voir appliquer l'ensemble des règles portant sur le droit du travail ne sera pas exaucé. Aujourd'hui, à la lecture des arrêts et de la doctrine, il apparaît nettement que ni les juges ni les auteurs n'émettent de souhaits en ce sens. L'UES n'est pas appelée à devenir un périmètre social de l'entreprise au-delà de la seule représentation du personnel. L'enthousiasme qu'il y a eu, à certains moments chez les auteurs, en faveur de l'UES est retombé. Pour autant, il n'y a pas de ligne directrice tracée par la jurisprudence, ou alors celle-ci n'apparaît pas clairement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

378. Doit-on encore considérer l'unité économique et sociale comme une notion porteuse d'espérances permettant de donner un contenu juridique à la notion d'entreprise en droit du travail ? Au terme de l'étude, nous devons répondre par la négative. L'UES n'est pas appelée à devenir l'entreprise en droit du travail. Elaborée et façonnée pour la représentation du personnel, elle demeure une notion fortement liée à la mise en place des institutions représentatives du personnel. La compétence du tribunal d'instance et la conclusion de protocoles d'accords préélectoraux pour reconnaître une UES témoignent de la vivacité du lien unissant l'UES à la matière électorale. La rupture entre l'UES et le contentieux électoral semble certes être entamée, puisque l'UES ne peut plus faire l'objet d'une reconnaissance dans le cadre d'un contentieux électoral. La rupture entre l'UES et les élections professionnelles pourrait également devenir plus nette si les règles en matière de reconnaissance conventionnelle et judiciaire venaient à évoluer, comme le suggèrent fortement un certain nombre d'auteurs. Pour autant, la reconnaissance d'une UES entraîne toujours comme première conséquence la mise en place de la représentation du personnel. Qui plus est, les principales caractéristiques de l'UES font obstacle à une émancipation pleine et entière de la notion.

L'UES est avant tout une notion atypique. Tant la première partie de l'étude que la seconde partie de l'étude mettent en avant le fait que la jurisprudence n'a pas tranché entre les deux visions de l'UES. L'UES constitue à certains égards une entreprise et à d'autres égards un groupe d'entreprises. L'étude du périmètre de l'UES montre bien que l'UES rassemble plusieurs personnes juridiques. Ainsi, avant la reconnaissance effective de l'UES, l'UES constitue un rassemblement de personnes juridiques, un regroupement d'entreprises différentes. Une fois la reconnaissance effectuée, l'UES constitue elle-même l'entreprise en droit du travail. Cette particularité attachée à la notion d'UES se retrouve ensuite pareillement au regard des conséquences engendrées par la reconnaissance de l'UES. Les règles relatives à la participation aux résultats de l'entreprise dans le cadre d'une UES illustrent parfaitement le fait que la notion d'UES n'évince pas les entités qui la composent. Au niveau de l'UES, il est en effet possible de mettre en place un accord unique mais, il est parfaitement envisageable que des accords existent au niveau de chaque personne juridique dès lors que tous les salariés bénéficient d'un accord.

De cette notion atypique découle l'impossibilité pour l'UES d'avoir la qualité d'employeur. La personnalité juridique de chaque membre de l'UES étant maintenue, la reconnaissance de l'UES n'entraîne pas le transfert des contrats de travail vers l'UES. Les salariés des personnes juridiques qui intègrent l'UES ne deviennent pas les salariés de l'UES. Dès lors, dépourvue de la personnalité juridique et de la qualité d'employeur, l'UES ne peut prétendre à se voir appliquer l'ensemble de la législation du travail. L'UES apparaît avant tout comme un regroupement de personnes juridiques. Ceci est une solution raisonnable. En effet, tandis que la première partie de l'étude a mis en avant une notion relativement stable et facile à appréhender, la seconde partie de l'étude laisse apparaître une phase de reconnaissance beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord. La jurisprudence semble être allée jusqu'au bout de ses chemins d'exploration au niveau de la notion d'unité économique et sociale. Nul ne remet en cause le périmètre et les critères de l'unité économique et sociale tel qu'ils sont fixés par la jurisprudence. Les ajustements opérés durant toutes ces années permettent d'avoir une notion aboutie. En revanche, il n'en est rien s'agissant de la reconnaissance en elle-même de l'unité économique et sociale. Cette phase de reconnaissance, telle qu'elle est aujourd'hui, est insatisfaisante sur deux points. D'une part, la jurisprudence ne semble pas être allée jusqu'au bout de sa démonstration. L'UES semblait tellement attractive au départ qu'elle était susceptible de devenir l'entreprise au-delà de la représentation institutionnelle. La jurisprudence et le législateur, portés par une doctrine enthousiaste, ont ainsi commencé à aller dans ce sens, mais ils se sont arrêtés au milieu du gué. D'autre part, les règles fixées par la jurisprudence sur les modes de reconnaissance de l'UES sont fortement critiquées par la doctrine et ceci depuis fort longtemps. Les critiques sont justifiées au regard de l'écart qu'il y a entre les modes de reconnaissances et les conséquences engendrées par la reconnaissance de l'UES.

Par conséquent, la notion d'UES semble être dans une position inconfortable. Elle est utile en matière de représentation institutionnelle, mais pas uniquement puisque le législateur et la jurisprudence font appel à cette notion dans d'autres situations. Mais, elle n'est pas non plus « *utilisable* » dans toutes les branches du droit du travail, puisque l'UES est dépourvue de la personnalité juridique. Pour autant, il semble important aujourd'hui de ne pas tenter d'aller au-delà de ce qui peut être considéré comme « *raisonnable* ». L'UES doit demeurer une des périmètres sociaux privilégiés pour les institutions représentatives du personnel. Il ne faut pas nier son utilité en la matière. En dehors de la représentation institutionnelle, seules des lois spécifiques peuvent viser l'UES. Le législateur ne peut guère permettre à l'UES

d'être utilisée de façon abstraite, sauf à bouleverser en profondeur les rapports entre les personnes morales. En revanche, émanciper l'UES par l'intermédiaire de la négociation collective entre les parties appelées à reconnaître une UES constitue aujourd'hui une voie incontournable. Il est important de laisser une grande part de liberté aux parties pour permettre à l'UES d'être utilisée dès lors qu'elle peut apporter un « *plus* » à la communauté de travail. Pour cela, l'UES doit être une valeur ajoutée pour la communauté. Il ne faut pas que les salariés subissent la reconnaissance d'une UES. Il faut se rappeler que l'UES a été créée pour permettre au droit du travail de s'exprimer davantage. Il ne faut donc pas que l'UES soit amenée à complexifier la mise en œuvre du droit du travail ou à remettre en cause le droit du travail.

En matière d'UES, il vaut mieux suivre le chemin de la raison, à l'instar de la jurisprudence et d'une partie majoritaire de la doctrine, lesquelles font preuve de sagesse en admettant que l'UES ait son utilité dans des domaines très limités uniquement, plutôt que le chemin du cœur, qui voudrait voir dans l'UES l'entreprise en droit du travail.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX

CATALA Nicole, *L'entreprise, Traité de droit du travail, Tome IV*, Dalloz, 1980, 1292 p.

CŒURET Alain, GAURIAU Bernard, MINE Michel, *Droit du travail*, Sirey, Paris, 2006

COUTURIER Gérard, *Traité de droit du travail. 2, Les relations collectives de travail*, PUF, Paris, 4^e éd., 2001

Droit de l'entreprise, L'essentiel pour comprendre le droit, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2008/2009

DURAND Paul et JAUSSAUD Robert, *Traité de droit du travail*, Tome I, Dalloz, Paris, 1947, 587 p.

DURAND Paul, *Traité de droit du travail, Tome 1*, Dalloz, Paris, 1947

DUPAYS Alain et GIRODROUX Catherine (dir.), *Lamy Social – Droit du travail, charges sociales*, Lamy Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2012, 6083 p.

DUQUESNE François, *Droit du travail*, Gualino éditeur, 2^e éd., 2006

FAVENNEC-HERY Françoise, VERKINDT Pierre-Yves, *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 2007.

LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société 2. Les relations collectives de travail*, PUR, Rennes, 2002

MALAUURIE Philippe, AYNES Laurent, *Introduction générale*, Defrénois, 2^e éd., 2005

MAZEAUD Antoine, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 6^e éd. 2004

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2004

PELISSIER Jean, SUPLOT Alain ET JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, Précis Dalloz, Paris, 24^e éd., 2008

RIVIERO Jean, SAVATIER Jean, *Droit du travail*, PUF Thémis, Paris, 1993

RIVIERO Jean, SAVATIER Jean, *Droit du travail*, PUF Thémis, Paris, 1993

TEYSSIE Bernard, *Droit du travail, Tome 2, Relations collectives de travail*, Litec, 4^e éd. 2005

VIDAL Dominique, *Droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2008

II – OUVRAGES SPECIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 1^{re} éd., 2003.

ANTONMATTEI P.-H., DERUE A., FABRE D., JOURDAN D., MORAND M., VACHET G., VERKINDT P.-Y., « L'unité économique et sociale, Un périmètre social de l'entreprise », Lamy, Rueil-Malmaison, 2011, 173 p.

BARTHELEMY Jacques, *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, Paris, 1991, 573 p.

CHAPUT Yves, *De l'objet des sociétés commerciales*, Thèse, Université de Clermont-Ferrand, 1973, 300 p.

COHEN Maurice, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, Paris, 9^e éd., 2009

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, Puf-Quadrige, 3^e éd. 2002

CORVEST Hervé, *L'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif*, Sirey, Paris, 1986

DESBARATS Isabelle, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, Paris, 1996, 482 p.

DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Paris, 1957, 443 p.

FAVENNEC-HERI Françoise, *La preuve en droit du travail*, Thèse, Paris X, 1983

GUYON Yves, *La personnalité morale*, Juris-Classeur sociétés Traité, Fasc. 27.E.1

LANQUETIN Pierre, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, thèse, Université de Strasbourg, 1979, 530 p.

LYON-CAEN Gérard et Antoine, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, Paris, 1978, p. 607

OPPETIT Bruno, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963, 506 p.

PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Paris, 1967, 294 p.

RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste*, LGDJ, Paris, 1946 ; 2^e éd. L.G.D.J., 1951 et réimpression de la 2^e éd., LGDJ, Paris, 1995

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2007

VACARIE Isabelle, *L'employeur*, Sirey, Paris, 1979, p. 241

III – ARTICLES, CHRONIQUES, MÉLANGES

FREYRIA C, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991

BOUDOT Michel, *Rép. civ. Dalloz*, v^o Apparence, 2009

AUBREE Yann, *Rép. trav. Dalloz*, v^o Contrat de travail (existence-formation), 2005

PETIT Franck, *Rép. soc. Dalloz*, V^o Comité d'entreprise, 2004

ANTONMATTEI Paul-Henri, **COHEN** Maurice, « Débat autour de l'unité économique et sociale », *Semaine sociale Lamy*, n^o 1081, p. 6

BEAL Stéphane et **ROUSPIDE** Marie Noëlle., « La notion d'unité économique et sociale : une notion objective », JCP E 2004, 1544

BEAL Stéphane, « L'UES n'est pas un employeur », JCP E 2009, 1149

BELIER Gilles, « Mise en place et attributions du comité de groupe : 'de l'unité économique et sociale à la directive Vredeling' », Dr. soc. 1983, p. 439

BERTREL Jean-Pierre, « Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », RTD com. 1996, p. 595

BISSARA Philippe, « L'intérêt social », Rev. sociétés 1999, p. 5

BLANC Gérard, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution...) », D. 1999, p. 415

BLANC-JOUVAN Guillaume, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 68

BLANC-JOUVAN Guillaume, « Portée de la reconnaissance d'une UES », JCP S 2007, 1698

BLANC-JOUVAN Guillaume, « Reconnaissance d'une UES ou modification de son périmètre : compétence du tribunal d'instance », JCP S 2007, 1458

BORENFREUND Georges, « La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins », Rev. dr. trav. 2011, p. 24

BOUBLI Bernard, « L'établissement distinct, une notion fonctionnelle et relative », JSL 2005, n° 164

BOUBLI Bernard, « L'UES dans un conflit de logiques : logique contentieuse et logique institutionnelle », JCP S 2012, 1131

BOUBLI Bernard, « L'UES : État des lieux et souhaits de réforme », JSL 2004, n° 150.1

BOUBLI Bernard, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme (II) », Semaine sociale Lamy, n° 1157, p. 6

BOUBLI Bernard, « L'Unité économique et sociale à l'époque des vœux. État des lieux et souhaits de réforme (I) », Semaine sociale Lamy, 2004, n° 1156, p. 6

CAPMAS-BENOIST Claire, « La portée de la reconnaissance d'une UES », *Semaine sociale Lamy*, n° 1205, p. 5

CERATI-GAUTHIER Adeline, « Quid de la demande d'une salariée en vue de la reconnaissance d'une UES ? », *Les Cahiers Lamy du CE*, 2004, n° 30

CHAMPAUD Claude, « Prospective de l'entreprise », in *Connaissance politique, L'entreprise*, D. 1983, p. 8 et s.

CHAMPEAUX Françoise, « Quel juge pour l'UES ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1444, p. 8

COEURET Alain, « L'avenir de l'UES conventionnelle », *Semaine sociale Lamy*, n° 1220, p. 6

COEURET Alain, « Le juge compétent pour connaître de l'UES », *Semaine sociale Lamy*, n° 1303, p. 6

COHEN Maurice, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *RJS* 2001, p. 183

COTTIN Jean-Benoît, « La restructuration de l'unité économique et sociale », *JCP S* 2006, 1776

COURET Alain, « L'intérêt social », *JCP E* 1996, II, suppl.CDE, n° 4 et s.

COUTURIER Gérard, « L'unité économique et sociale - trente ans après », *Semaine sociale Lamy*, 2003, 1140 supplément

DANET Didier, **CHAMPAUD** Claude, « Groupe de sociétés », *RTD com.* 1993, p. 528

DANIEL Jérôme et **TEISSIER** Arnaud, « Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel », *JCP S* 2006, 1774

DANIEL Jérôme, « La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES », *JCP S* 2007, 1939

DAUXERRE Nathalie et **LAFFERIERE** Gladys, « Unité économique et sociale et négociation collective », *JCP S* 2006, 1775.

DE LESTANG Roger, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, p. 6.

DESBARATS Isabelle, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, 2001, pp. 75-92

DESPAX Michel, « Groupes de sociétés et contrat de travail », *Dr. soc.* 1961, p. 597

DESPAX Michel, « L'entreprise en Droit du Travail », in *Annales de la faculté de droit de Toulouse, Tomes XIII*, Université de Toulouse, p. 127

DESPAX Michel, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, Paris, 441 p.

DESPAX Michel, « La dissociation d'une unité économique et sociale préexistante : à propos de quelques arrêts récents », *RJS* 1990, p. 435

DIDIER Paul, « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, 1023 p.

DRAGO Guillaume, « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, 580 p.

DRAI Laurent et **PARES** Céline, « Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ? », *Rev. dr. trav.* 2011, p. 285.

DUQUESNE François, « Possibilité d'une action directe en reconnaissance de l'unité économique et sociale en dehors d'un contentieux électoral », *JCP G* 2004, II, 10130

FARJAT Gérard, « Les "sujets" de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle : Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris 1997, 580 p.

FARTHOUAT-DANON Bénédicte, « Rapport (avis n° 0070005P du 19 mars 2007 », http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_239/2007_2266/19_mars_2007_0070005p_2336/farthouat_danon_10290.html

FAVENNEC-HERY Françoise, « Le groupe de reclassement », *Dr. soc.* 2012, p. 987.

FAVENNEC-HERY Françoise, « Prêt de main-d'œuvre à but non lucratif : un texte décevant », *Dr. soc.* 2011, 1200

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Ed. Joly, Paris, 2005, p. 255

GAUDU François, « Entreprise et établissement », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 47

GAUDU François, « Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 20

GAURIAU Bernard, « Le co-employeur », *Dr. soc.* 2012, p. 995

GAURIAU Bernard, « Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », *JCP S* 2011, 1116

GEA Frédéric, « Groupe de sociétés et responsabilité, Les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor », *Rev. dr. trav.* 2010, p. 230

GEA Frédéric, « La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ? », *Rev. dr. trav.* 2011, p. 168

GOFFEAUX-CALLEBAUT Géraldine, « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.* 2004, p. 35

GRANGE Joël, **CREDOZ-ROSIER** Jeannie, « La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008 », *JCP S* 2012, 1268

GREVY Manuela, « Un délégué du personnel élu... mais sans protection », *Rev. dr. trav.* 2009, p. 249

GRIDEL Jean-Pierre, « La personnalité morale », *RTD com.* 1990, p. 495

GROSCLAUDE Laurent, « Qui a qualité pour licencier dans une association ? », *RTD Com.* 2004 p. 119

GRUMBACH Tiennot, « La généralisation de l'ouverture de l'appel pour le contentieux de l'UES : un effet collatéral de la loi du 20 août 2008 », *Rev. dr. trav.* 2012, p. 168

GUYON Yves, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, Paris, p. 133

HAURIOU Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *4e cahier de La Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit)*, 1925, repris dans *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, réimpression, Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1986, p. 89 et s.

HAUTEFORT Marie « La reconnaissance d'une UES est sans incidence sur une procédure de licenciement en cours », JSL 2008, n° 227, 9

JEAMMAUD Antoine et **LYON-CAEN** Antoine, « Ni indignité ni excès d'honneur », in « *Le « nouveau Code du travail », une réussite ?* », Rev. dr. trav. 2007, p. 356

JEAMMAUD Antoine, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », Semaine sociale Lamy, 2008, supplément n° 1340

JEANSEN Emeric, « Invitation à la négociation relative à la reconnaissance d'une UES et périmètre de désignation des délégués syndicaux », JCP S 2010, 1555

LAFUMA Emmanuelle, « Opération de concentration et information du CE », Rev. dr. trav. 2011, p. 123.

LARDY-PELISSIER Bernadette, « L'UES ne peut avoir la qualité d'employeur », Rev. dr. trav. 2009, p. 228

LAROQUE Jean, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », D. 1987, p. 33

LE CANNU Paul, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », Bull. Joly Sociétés 1995, p. 637

LEGRAND Henri-José, « Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale : une clarification inachevée », Dr. soc. 2008, p. 60

LYON-CAEN Antoine, « Géographie du droit du travail », Semaine sociale Lamy, n° 1140, p. 16

LYON-CAEN Antoine, « L'UES sauvée de ses excès, à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mai 2007 », Semaine sociale Lamy, 2007, n° 1318, p. 9

LYON-CAEN Gérard, « Sur le transfert des emplois dans les groupes internationaux », Dr. soc. 1995, p. 489

LYON-CAEN Pierre, « Peut-il exister une unité économique et sociale entre syndicats de copropriétaires ? », *Dr. soc.* 2000, p. 852

LYON-CAEN Pierre, « Une unité économique et sociale peut-elle comporter dans son périmètre des sociétés filiales et des établissements de la société mère ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1076, p. 12

MARTIN Didier, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Ed. Joly, Paris, 2005, p. 359

MAZEAUD Antoine, « Le groupe », *Semaine sociale Lamy*, n° 1140, p. 60

MERCADAL Barthélémy, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 9

NADAL Sophie, « Des effets de la négociation collective sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale », *Rev. dr. trav.* 2007, p. 463

OFFERLE Michel et **FLAMENT** Lucien, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », *Rev. dr. trav.* 2010, p. 269.

PAGES Jeanne, « De l'irréductible et incontournable entreprise », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 79

PAILLUSSEAU Jean, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » *D.* 1999, p. 157

PAILLUSSEAU Jean, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, p. 291

PAILLUSSEAU Jean, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346

PAILLUSSEAU Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *D.* 2003, p. 260.

PAILLUSSEAU Jean, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports, études coordonnées par Joseph Jugault*, Economica, Paris, 1987, n° 22 et s.

PECAUD-RIVOLIER Laurence, **STRUILLOU** Yves, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Semaine sociale Lamy*, n° 1541, p. 6

PELLETIER Françoise, « Le prêt de main-d'œuvre exclusif », JCP S 2011, 1397

PESKINE Elsa, « L'appréciation des conditions imposant l'établissement d'un PSE : nouvelle terre d'élection pour l'UES ? », Rev. dr. trav. 2011, p. 112

PICCA Georges, in RJS 1989, chron. p. 269-270

PIOT Marie-Pascale, **HAINAUT** Olivier, « La participation dans l'UES : un devoir d'anticipation », Semaine sociale Lamy, n° 1353, p. 6

PIROVANO Antoine « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, p. 189

PLANTAMP Didier, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail », D. 1991, p.69

REYNES Brigitte, « Définition de la notion de groupe », D. 2000 p. 382

SALGADO Maria Beatriz, « Critères de reconnaissance de l'unité économique et sociale », JCP G 2002, 2240

SAVATIER Jean, « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », Dr. soc. 1986, p. 11

SCHMIDT Dominique, « De l'intérêt social », JCP E 1995, I, n° 488

SCHMIDT Dominique, « L'entreprise incomprise », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, 1138 p.

SIGNORETTO Fabrice, « La désignation d'un expert par le CHSCT en cas de transfert d'entreprise », Rev. dr. trav. 2010, p. 48.

TEYSSIE Bernard, « L'interlocuteur des salariés », Dr. soc. 1982, p. 41

TOURREIL Jean-Emmanuel, « Toutes les actions en reconnaissance ou en modification d'une UES relèvent du tribunal d'instance », JSL 2007, n° 211

WAQUET Philippe, « Avant propos (les lieux du droit du travail) », Semaine sociale Lamy, n° 1140, p. 4

WAQUET Philippe, « Le contentieux électoral et la procédure d'avis devant la Cour de cassation », *Rev. dr. trav.* 2007, p. 540

IV – NOTES OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

ALLIX Dominique, « Observations (Avis n° 0070005P du 19 mars 2007 », http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_239/2007_2266/19_mars_2007_0070005p_2336/allix_avocat_10289.html

ANTONMATTEI Paul-Henri, obs. ss Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, *Dr. soc.* 2002, p. 720

ARSEGUEL Albert, obs. ss Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, *D.* 2000, p. 385

AUZERO Gilles, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 274

AUZERO Gilles, note ss Cass. soc. 2 décembre 2003, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 274

AUZERO Gilles, note ss Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *Rev. dr. trav.* 2009, p. 647

AUZERO Gilles, obs. ss Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Rev. dr. trav.* 2008, p. 731

BEAL Stéphane, comm. ss Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, *JCP E* 2009, 1149

BLANC-JOUVAN Guillaume, comm. ss Cass. soc. 10 juill. 2007, n° 04-40.332, *JCP S.* 2007, 1698

BLANC-JOUVAN Guillaume, comm. ss Cass. soc. 16 avr. 2008, n° 07-60.373, *JCP S.* 2008, 1439

BLANC-JOUVAN Guillaume, comm. ss Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, *JCP S.* 2009, 1140

BLANC-JOUVAN Guillaume, comm. ss Cass. soc. 3 oct. 2007, n° 06-60.284, *JCP S.* 2007, 1942

BORENFREUND Georges, obs. ss Cass. soc. 2 nov. 1993, n° 92-60.446, *D.* 1994, somm. p. 295

BOUSEZ Françoise, comm. ss Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, *JCP E* 2000, p. 944

CAMAJI Laure, « Droit du travail », D. 2010, p. 672

COEURET Alain, « Rapport (à propos Cass. soc. 23 mai 2000, n° 97-45.024) », RJS 2000, p. 529 ;

COEURET Alain, rapport ss Cass. soc. 23 mai 2000, RJS 2000, p. 529

COHEN Maurice, note ss Cass. soc. 21 janv. 1997, n° 95-60.992, Dr. ouvrier 1997, p. 170

COTTIN Jean-Benoît, comm. ss Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-60.286, JCP S 2008, 1255

COURET Alain, note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Rev. sociétés 2011, p. 154

COURSIER Philippe, « Le contrôle du motif économique de licenciement dans le cadre du groupe de sociétés », JCP E 1993, n° 564 (note, Cass. soc. 13 juillet 1993)

COURSIER Philippe, comm. ss Cass. soc. 13 juill. 1993, n° 91-44. 518, JCP E 1994, 564

COUTURIER Gérard, note ss Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Dr. soc. 2011, p. 372

DANIEL Jérôme, « La mécanique du licenciement pour motif économique à l'épreuve de l'UES », JCP S. 2007, 1949, p. 11

DANIEL Jérôme, comm. ss Cass. soc. 13 oct. 2010, n° 09-60.473, JCP S 2010, 1514

DAUXERRE Lydie, comm. ss Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.275, JCP S. 2007, 1817

DAUXERRE Nathalie, comm. ss Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-60.419, JCP S 2011, 1231

DESBARATS Isabelle, obs. ss Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-60.286, D. 2008, pan. p. 2306

DESBARATS Isabelle, obs. ss Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, D. 2002, p. 3119

DESPAX Michel, note ss Cass. soc. 19 déc. 1972, n° 72-60.063, D. 1973. 381

DOCKES Emmanuel, « Droit du travail », D. 2011, p. 1246

DOROY Fabienne, note ss Cass. crim. 20 oct. 1992. Dr. Soc. 1994. 547

DUQUESNE François, note ss Cass. soc. 15 mai 2001, JCP E 2001, p. 1479

DUQUESNE François, note ss Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-47.010, JCP E 2004, p. 428

FABRE Alexandre, obs. ss Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, D. 2009, pan. p. 590

- GOINEAU** Jeanne obs. ss Cass. soc. 21 mars 1990, n° 88-14.794, D. 1991, somm. 155
- GRUMBACH** Tiennot, obs. ss Cass. soc. 12 sept. 2007, n° 06-60.275, Rev. dr. trav. 2007, p. 743
- HAUTEFORT** Marie, comm. ss Cass. soc. 16 janv. 2008, n° 06-46.313, JSL 2008, n° 227, 9
- HAUTEFORT** Marie, ss Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, JSL, 1999, n° 46, p. 7 s. ;
- HENRIOT** Patrick, obs. ss CA Paris, 31 mai 2007, LPA, 13 nov. 2007, n° 227
- INES** Bertrand, obs. ss Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497, D. 2009, AJ, 876
- JEAMMAUD** Antoine, **ESCANDE-VARNIOL** Marie-Cécile, **PAULIN** Jean-François et autres, « Droit du travail », D. 2006, p. 29
- JEAMMAUD** Antoine, obs. ss Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143, D. 2006, pan. p. 29
- KERBOURC'H** Jean-Yves, note ss Cass. soc. 28 nov. 2007, n° 06-12.977, JCP S 2008, 1154
- KESSOUS** Roland, concl. ss Cass. soc. 25 juin 1992, n° 90-41.244, Dr. soc. 1992, p. 826,
- KHODRI** Farida, « Droit du travail », D. 2011, p. 840
- LANQUETIN** Marie-Thérèse, obs. ss Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, D. 1998, p. 259
- LARDY-PELISSIER** Bernadette, obs. ss Cass. soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009, pan. p. 2128
- LARDY-PELISSIER** Bernadette, obs. ss Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497, D. 2009, p. 2128
- LARDY-PELISSIER** Bernadette, **PELISSIER** Jean, « Droit du travail », D. 2005, p. 2499
- LOKIEC** Pascal et **PORTA** Jérôme, obs. ss Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, D. 2012, 901
- LOKIEC** Pascal, comm. ss Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143, JCP E 2005, 1190
- LYON-CAEN** Pierre, concl. ss Cass. soc. 23 mai 2000, Dr. soc. 2000, p. 852
- LYON-CAEN** Pierre, concl. ss Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, Semaine sociale Lamy 2002, n° 1076, p. 12

MAUGÛE C. note ss CE, 27 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 938

MORIN Claire, « L'incompatibilité du groupe de sociétés et de l'unité économique et sociale, (à propos de Cass. soc., 20 oct. 1999, Sté André et a. c/ Boitel et a.) », JCE E, 2000, p. 980

MORIN Claire, comm. ss Cass. soc. 20 oct. 1999, n° 98-60.398, JCP E 2000, p. 944

MOULY Jean, note ss Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-46.134, D. 2007, 472

NEAU-LEDUC Christine, comm. sous Cass. soc. 24 novembre 2004, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 398

NEAU-LEDUC Christine, note sous Cass. soc. 12 janvier 2005, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 592

NEAU-LEDUC Christine, note ss Cass. soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.329, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 395

ODOUL-ASOREY Isabel, obs. ss Cass. soc. 26 oct. 2010, n° 09-65.565, D. 2011, Pan. p. 1246

ODOUL-ASOREY Isabel, obs. ss Cass. soc. 6 janv. 2011, n° 10-18.205, Rev. dr. trav. 2011, p. 255

OLIVIER J.-M., obs. ss Cass. soc. 13 juillet 2004, TPS, 2004, comm. n° 303

PANSIER Frédéric-Jérôme, note ss Cour de cassation, Chambre sociale, 6 janvier 2011, Cah. soc. barreau Paris, 2011, n° 228, p. 97

PELISSIER Jean, **AUBERT Thérèse**, **AMAUGER-LATTES M.-C.**, **DESBARATS Isabelle**, **LARDY-PELISSIER Bernadette**, **REYNES Brigitte**, *Droit du travail, janvier 2009-avril 2009*, D. 2009, p. 2128

PENNEAU Anne, note ss Cass. soc. 15 déc. 1988, n° 86-42.161, D. 1990, p. 87

PESKINE Elsa, comm. ss Cass. soc. 16 oct. 2001, n° 99-44.037, D. 2002, p. 770

PESKINE Elsa, obs. ss Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497, Rev. dr. trav. 2009, 392

PETIT Franck, note ss Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.875, D. 2009, p. 986

PETIT Franck, note ss Cass. soc. 6 janv. 2011, n° 10-18.205, Dr. soc. 2011, p. 414

PICCA Georges, concl. ss Cass. soc. 9 mai 1989, RJS 1989, p. 269-270

PICCA Georges et SAURET Alain, note ss Cass. soc. 20 oct. 1999, LPA, 16 déc. 1999, p. 5

SAINTOURENS Bernard, note ss CA Paris, 1^{re} ch., sect. D, 14 mars 2001, n° 2000/10287, Bull. Joly Sociétés 2001, 189, p. 880

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 13 juill. 2004, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 1490

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 13 juillet 2004, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1490

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 17 déc. 2003, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 674

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 18 juill. 2000, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 975

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 26 mai 2004, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 1228

SAINTOURENS Bernard, note ss Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1047

SAINTOURENS Bernard, sous Cass. soc. 7 mai 2002, Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1044

SAVATIER Jean obs. ss Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, Dr. Soc. 2004, p. 915

SAVATIER Jean, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale (à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997) », Dr. soc. 1997, p. 347

SAVATIER Jean, note ss Cass. soc. 21 janv. 1997, n° 95-60.992, Dr. Soc. 1997, p. 347

SAVATIER Jean, note ss Cass. soc. 24 mai 1973, n° 71-93.051, D. 1973, p. 599

SAVATIER Jean, note ss Cass. soc. 5 mai 2004, n° 03-60.057, Dr. soc. 2004, p. 944

SAVATIER Jean, note ss Cass. soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, Dr. Soc. 2002, p. 715

SAVATIER Jean, note ss Cass. soc. 7 oct. 1998, n° 97-60.517, Dr. Soc. 1998, p. 1050

SAVATIER Jean, obs ss Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.343, Dr. Soc. 2000, p. 1037

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 11 déc. 1968, Dr. soc. 1969, p. 172

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413, Dr. soc. 2004, p. 914

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 18 févr. 2004, n° 02-60.567, Dr. Soc. 2004, p. 567

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Dr. Soc. 2000, p. 1037

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 21 janv. 1997, Dr. soc. 1997, p. 347

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 23 mai 2000, Dr. soc. 2000, p. 856

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 26 mai 2004, Dr. soc. 2004, p. 915

SAVATIER Jean, obs. ss Cass. soc. 29 sept. 2004, n° 02-43.771, Dr. soc. 2004, p. 1151

TOURREIL Jean-Emmanuel, obs. ss Cass. soc. 13 juillet 2004, JSL 2004, n° 153, 10

TOURREIL Jean-Emmanuel, obs. ss Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-60.935, JSL 2004, n° 148, 14

TOURREIL Jean-Emmanuel, obs. ss Cass. soc. 31 janv. 2012, n° 11-20.232, Semaine sociale Lamy n° 1536, p. 11

WAQUET Philippe, obs. Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-46.134, Rev. dr. trav. 2006, p. 391

WAQUET Philippe, obs. ss Cass. soc. 5 déc. 2006, n° 04-47.465, Rev. dr. trav. 2007, p. 103

INDEX

(L'index renvoie aux numéros de paragraphe)

A

Actes administratifs, 362

Activité, 87

analogue, 132

complémentaire, 136

critère, 133 ; 140

ensemble économique, 141

identique, 131

objet social, 143

secteur de production, 145

société sans personnel, 142

Accord de branche, 347

Accords d'entreprise, *V. Convention collective*

Accords dérogatoires, 347

Accord de groupe, 347

Ancienneté, 293

Association, 52 ; 56

C

Chef d'entreprise, 325

désignation, 325

mandat de représentation, 325

Clause de mobilité, *V. Mobilité salariale*

Coemployeur, 10 ; 358

Collectivité de travail, *voir Communauté de travail*

Comité central d'entreprise, 301

compétences, 326

Comité d'établissement, 299

compétences, 326

Comité de groupe, 76 ; 220

annonce, 95

choix entre l'UES et le groupe, 97

comité d'entreprise, 100

composition, 77 ; 91 ; 92

impact d'une UES, 92

intérêt, 101

reconnaissance, 99

Comité d'entreprise

attributions, 26 ; 309 ; 310

comité de groupe, 100

commun, 308

droit d'alerte économique, 315

élection, 295

mise en place, 207 ; 286 ; 295

organe social, 312

procédures collectives, 316

rapport avec le comité de groupe, 77

tribunal d'instance, 251 ; 253

Comité d'établissement, 301

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, 288 s.

composition, 289

établissement, 288

Communauté de travail, 31 ; 87 ; 150 s.

avantage social, 168

bulletin de paie, 168

collectivité de travail, 164

communauté d'intérêt, 165

conditions de travail, *V. ce mot*

convention, 168 ; 339
 délégué du personnel, 280
 délégué syndical, 280 ; 281
 établissement distinct, 154
 faits réalisés, 166
 gestion du personnel, *V. ce mot*
 interchangeabilité du personnel, *V. ce mot*
 lieu de travail, 168
 mutuelle, 168
 nombre, 156
 périmètre, 159
 preuve, 166
 règlement intérieur, 168
 salarié, 171
 société sans personnel, 156 s.
 statut social, *V. ce mot*
 technique du faisceau d'indices, 167 s.
 terminologie, 164

Communauté d'intérêt, *V. Communauté de travail*

Composition, 271

lettre de notification, 224
 institutions représentatives du personnel, 293

Condition de travail, 168 ; 169

Convention collective, 220 s.

négociation d'entreprise, 221 ; 322
 parties, 221

Critères, 62 ; 339

appréciation des juges du fond, 189
 cumulatifs, 103 ; 109
 reconnaissance conventionnelle, 203 ; 206
 unité économique, *V. ce mot*
 unité sociale, *V. ce mot*

D

Délégation unique du personnel, 287

Délégué syndical, 77 ; 251

audience, 302
 central, 302

désignation, 223 ; 294
 établissement, 299 ; 302
 exercice du mandat, 307
 lettre de notification, 224 ; 294
 mise en place, 286
 mission, 307
 réunion, 307
 seuil d'effectifs, 294

Délégués du personnel, 77 ; 251

élection, 295
 établissement, 299
 mise en place, 286

Direction 67 ; 87

directeur général, 108
 direction par plusieurs personnes, 115
 direction par une personne, 113 s.
 dirigeant de fait, 110
 employeur, 343
 famille, 116
 gérant, 108
 groupe de sociétés, 119 ; 120
 liaisons financières, 121
 mandat social, 108 ; 109 ; 325
 nombre, 116
 notion, 111
 président, 108
 responsable, 111
 société-mère, 123
 technique du faisceau d'indices, 111, 116
 terminologie, 106

Disparition de l'UES 259 ; 272

E

Egalité salariale, 370 s.

conditions, 372

Election

mandat, *V. ce mot*
 organisation, 295 ; 301

Employeur, 114 ; 232 ; 251 ; 325 ; 358 s.

coemployeur 358

direction 343

Entité économique autonome, 52

Entreprise, 2 ; 3 ; 28 ; 35 ; 44 ; 49 ; 90 ; 114 ; 189 ;

284 ; 292 ; 305 s. ; 323 ; 357, 359 ; 366

caractère éphémère, 101

lien d'entreprise, 311 s.

thèse contractuelle, 49

thèse institutionnelle, 49

Entreprise juridiquement distincte, 48 ; 66

Epargne salariale, 335

Etablissement, 11 ; 42 s. ; 60 s. ; 323

autorité administrative, 298

comité d'hygiène, de sécurité et des conditions

de travail, 288

comité, *V. comité d'établissement*

communauté de travail, 154

délégué du personnel, 299

délégué syndical, 299

multiple, 297 s.

personne morale, 299

protocole d'accord préélectoral, 298

tribunal d'instance, 298

unique, 291 s. ; 307

Filialisation 68

F

Fonctionnement (UES)

Fraude, 26 ; 89 ; 103 ; 129

constitution de sociétés, 27 s.

division juridique 30 s.

notion, 33 s.

G

Gestion du personnel, 168 ; 178 ; 182 s.

notion 187

Greffe, *V. Reconnaissance judiciaire*

Groupe, 7 ; 74 ; 359 ; 364

Groupe de sociétés, 74 ; 86

direction, *V. ce mot*

Groupement d'intérêt économique, 12 ; 41 ; 52 ;

55

I

Institutions représentatives du personnel, 76

audience électorale, 269

comité d'entreprise, *V. ce mot*

composition, 293

délégué du personnel, *V. ce mot*

délégué syndical, *V. ce mot*

finalité, 284

mise en place, 269 ; 286 ; 290 s.

mission, 77

notion fonctionnelle, *V. Notion*

renouvellement, 271

Interchangeabilité du personnel, 168 ; 176 s. ;

180 s. ; 364

prêt de main d'œuvre, 185

J

Jugement

appel, 266 ; 268

autorité, 262

déclaratif, 258

en dernier ressort, 266

L**Législation**

actes administratifs, 362

Licenciement, 260**Licenciement économique**, 362

groupe, 364

indemnité, 363

inspecteur du travail, 365 ; 367

périmètre de réintégration, 365

permutation, 364

plan de sauvegarde de l'emploi, 362 s.

reclassement, 364

salarié non protégé, 363

salarié protégé, 365

Local syndical, *V. Section syndicale***M****Mandat électoral**

exercice, 304 s.

fin, 295

nullité, 261

prorogation, 261

Médecine du travail, 332 s.

accord, 333

effectif, 332

interentreprise, 332

UES, 333 ; 334

Mobilité salariale, 374**Modalité d'un accord préélectoral**, *V. Protocole*

d'accord préélectoral

Modes de reconnaissance

choix, 192

reconnaissance conventionnelle, *V. ce mot*

reconnaissance judiciaire, *V. ce mot*

Modification de l'UES, 259 ; 262

conclusion d'un accord, 272

saisine du juge, 272

N**Négociation collective (accord)**, 340 s.

accord de branche, 347

accord de groupe, 347

annuelle, 344

application, 346

conclusion, 341

contenu, 344

mandat, 343

parties, 343

UES, 342

Notion (UES)

capacité d'ester en justice, 356

capacité de contracter, 356

composition, *V. ce mot*

contexte, 22 ; 35

définition, 2 ; 82

disparition, *V. ce mot*

employeur, 358 s.

entreprise, *V. ce mot*

fonctionnelle, 206

groupe, *V. ce mot*

modification, *V. ce mot*

objective, 283

patrimoine, 356

périmètre, *V. ce mot*

personnalité juridique, 352 s.

regroupement de personnes morales, 35 ; 356

relative, 158 ; 207 ; 279 s.

salarié, 359

terminologie, 35

O

Objet social, 143

Obligation annuelle de négocier, *V. Négociation collective*

Obligation de reclassement préalable, 365

Organisation syndicale, 250 ; 252

Organisation syndicale représentative, 200 s.

négociation d'entreprise, 343

UES, 227

Organe social

comité d'entreprise, 312

P

Panneaux d'affichage, *V. section syndicale*

Participation aux résultats de l'entreprise, 335 s.

accord 335

Périmètre, 189 ; 271

établissement, 66

personnel, 66

personne juridique, 45 s.

reconnaissance conventionnelle, 203

réintégration, 365

Personne juridiquement distincte, 51

UES, 352 s.

Personne morale, 323

capacité d'ester en justice, 356

capacité de contracter, 356

CHSCT, 289

droit des sociétés, 40

droit fiscal, 40

égalité salariale, 371

établissement, 299

identité, 206

nombre, 20 ; 206

notion, 23 ; 52

patrimoine, 356

UES, 352 s.

Plan de sauvegarde de l'emploi, 362 s.

Pôle économique, 65 s.

Procédure d'alerte économique, 315

Protocole d'accord préélectoral, 201

composition des collèges électoraux, 216

double majorité, 219

établissement, 298

nature, 213

nombre de collèges électoraux, 216

règle de l'unanimité, 213 s. ; 229

R

Reclassement préalable, 9 ; 364

Reconnaissance d'une UES, 101

caractère principal, 246

comité d'entreprise, *V. ce mot*

contentieux électoral, 239

élection, 91

Reconnaissance conventionnelle, 99 ; 339

accord collectif, 210

accord constitutif, 204

accord de configuration, 205 s.

contenu, 210 ; 232

conventions collectives, *V. ce mot*

critère, *V. ce mot*

institution représentative du personnel, 208

négociation, 198 s.

organisation syndicale représentative, *V. ce mot*

parties, 200 s. ; 230

périmètre, *V. ce mot*

protocole d'accord préélectoral, *V. ce mot*

publicité, 233

recours, 204

règle de l'unanimité, *V. Protocole d'accord préélectoral*

Reconnaissance judiciaire, 99 ; 230

autorité, 262

cause, 262
 conséquences, 259 ; 261
 contradictoire, 255
 convocation des parties, 252 ; 255
 demande indéterminée, 266
 demandeurs, 250
 exécution / recours, 265 s.
 jugement, 257 s. ; 261
 juridiction compétente, 241
 litige électoral, 266
 mandats, 261
 objet, 262 ; 266
 parties intéressées, 249 ; 262
 procédure, 254
 requête introductive d'instance, 261

Relations individuelles de travail, 25 ; 232

Relations collectives de travail, 3 ; 232 ; 330 s.

Relativité de la notion d'UES, *V. Notion*

Représentant de la section syndical, *V. section syndicale*

Représentant syndical, 294

Réunion syndicale, *V. délégué syndical*

S

Salarié, 251 ; 253

UES 359

V. communauté de travail

Salarié mandaté, 343

Secteur de production, 145

Section syndicale

local syndical, 320

panneaux d'affichage, 321

représentant, 287

Service de santé au travail, *V. médecine du travail*

Société, 41 ; 52 ; 54

sans personnel, 142 ; 156 s. ; 313

société créée de fait, 54

société en participation, 54

Statut social

identité, 168 ; 169

Syndicat de copropriétaires, 57

Syndicat professionnel, 251

Syndicats représentatifs, *V. organisation syndicale représentative*

T

Tribunal d'instance, 221 ; 238 s. ; 246

contentieux électoral, 239

tribunal territorialement compétent, 241 s.

litispendance, 241

contrariété, 242

organisation d'élections professionnelles, 244

jugement déclaratif, 258

autorité, 262

établissement, 298

Tribunal de grande instance, 221 ; 247

U

Unité économique, 86

activité identique ou complémentaire, *V.*

Activité

comité d'entreprise, 281

conditions cumulatives, 104

unité de direction, *V. Direction*

Unité sociale, 86

V. communauté de travail

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I – L’UES ET L’ENTREPRISE	5
II – L’UES ET LE GROUPE	9
III – L’UES ET LE CO-EMPLOYEUR	12
IV – L’UES ET L’ÉTABLISSEMENT	14
V – L’UES ET LE GROUPEMENT D’INTÉRÊT ÉCONOMIQUE	14
V – L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE.....	15
PREMIERE PARTIE LA NOTION D’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	20
TITRE I LE PÉRIMÈTRE DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	20
<i>Chapitre 1 LE REGROUPEMENT DE PERSONNES JURIDIQUEMENT DISTINCTES.....</i>	<i>22</i>
Section 1 Le contexte de la notion.....	23
§ 1 – LA FRAUDE DES EMPLOYEURS.....	24
A – LES TYPES DE FRAUDES	24
1 – La constitution de sociétés	25
2 – La division juridique.....	27
B – LA DISSIMULATION DE LA CONTINUATION D’UNE MÊME ENTREPRISE	29
1 – La fraude à la loi	29
2 – L’élaboration de la notion d’unité économique et sociale	30
§ 2 – L’ABSENCE DE FRAUDE DES EMPLOYEURS.....	32
A – LA PRÉSENCE DE PERSONNES MORALES AU SEIN D’UNE UES	33
1 – L’utilisation justifiée de personnes morales	33
2 – La tentative avortée de l’inclusion d’établissements	35
B – LA RECHERCHE D’UNE ENTREPRISE UNIQUE EN DROIT DU TRAVAIL	36
Section 2 La prépondérance du paramètre juridique	38
§ 1 – LA PERSONNALITÉ MORALE DES MEMBRES DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	39
A – LA TERMINOLOGIE UTILISÉE.....	39
1 – L’entreprise selon la loi.....	39
2 – La personne selon la jurisprudence	42
B – LES MEMBRES DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	44
1 – L’identification des membres de l’UES	45
2 – L’exception à la règle	47
§ 2 – L’EXCLUSION DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE.....	48
A – LES ÉTABLISSEMENTS.....	49
1 – L’état de la jurisprudence	49
2 – La justification de la solution jurisprudentielle.....	51
B – LES PÔLES ÉCONOMIQUES	53
1 – Les pôles économiques exclus de l’UES	53
2 – La filialisation d’un secteur d’activités.....	56
<i>Chapitre 2 LE REGROUPEMENT DE PERSONNES JURIDIQUES DISTINCTES DU GROUPE</i>	<i>58</i>
Section 1 La reconnaissance impossible d’une UES en présence d’un groupe	59
§ 1 – L’IMPOSSIBLE RECONNAISSANCE DE L’UES AU NIVEAU DU GROUPE	59
A – DEUX NOTIONS DISTINCTES	60
1 – Le groupe distinct de l’unité économique et sociale	60
2 – Le comité de groupe distinct des autres institutions représentatives du personnel.....	63
B – DEUX NOTIONS INCOMPATIBLES	65
1 – L’évolution jurisprudentielle.....	65
2 – L’incompatibilité actuelle	68

§ 2 – LA RECONNAISSANCE DE L’UES À UN NIVEAU INFÉRIEUR DU GROUPE	70
A – L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE INFRA-GROUPE	70
1 – Les critères de l’UES.....	70
2 – L’UES, une entreprise dans le groupe parmi d’autres entreprises	73
B – LA COMPLÉMENTARITÉ DU COMITÉ DE GROUPE ET DES COMITÉS D’ENTREPRISE	74
Section 2 La reconnaissance possible d’une UES en l’absence de groupe	77
§ 1 – LE CHOIX À OPÉRER ENTRE L’UES ET LE GROUPE	78
1 – L’absence préalable de comité de groupe	78
2 – L’exercice d’un choix	79
§ 2 – LES MODALITÉS D’EXERCICE DU CHOIX PAR LES PARTIES	81
1 – Les modes de reconnaissance du groupe ou de l’UES	81
2 – La finalité des instances de représentation	82
TITRE II LES CRITÈRES DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	85
<i>Chapitre 1 LA RECHERCHE DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE</i>	86
Section 1 La concentration du pouvoir de direction	87
§ 1 – LA PRÉSENCE D’UNE UNITÉ DE DIRECTION	87
A – L’EXERCICE EFFECTIF DU POUVOIR DE DIRECTION.....	88
1 – Le mandat social du dirigeant.....	88
2 – la réalité du pouvoir	91
B – L’EXERCICE DU POUVOIR AU SEIN D’UNE DIRECTION UNIQUE	93
1 – La direction de l’UES par une seule et même personne	93
2 – la direction de l’UES par plusieurs dirigeants	95
§ 2 – L’« UNITÉ DE DIRECTION » EN PRÉSENCE D’UN GROUPE DE SOCIÉTÉS	97
A – LE GROUPE DE SOCIÉTÉS, INDICE DE L’« UNITÉ DE DIRECTION ».....	98
1 – Le groupe insuffisant pour caractériser l’unité de direction	98
2 – le groupe, véritable indice de l’unité de direction	100
B – L’INCLUSION DE L’ENSEMBLE DU POUVOIR DE DIRECTION DANS L’UES	102
1 – Le pouvoir de direction au sein de l’UES	102
2 – La reconnaissance d’une UES en présence d’une société holding.....	104
Section 2 L’accomplissement d’activités identiques ou complémentaires.....	105
§ 1 – LA NOTION D’ACTIVITÉS IDENTIQUES ET COMPLÉMENTAIRES	106
A – LA NOTION D’ACTIVITÉS IDENTIQUES	106
1 – Les prémices	106
2 – Le critère de l’identité d’activités	108
B – LA NOTION D’ACTIVITÉS COMPLÉMENTAIRES	110
1 - l’identification difficile du critère	110
2 – La recherche d’un ensemble économique cohérent	112
§ 2 – L’APPRÉCIATION JURISPRUDENTIELLE DU CRITÈRE.....	114
A – ÉLÉMENT CONSTITUTIF DE L’UES.....	114
1 – Le critère exigé dans toute reconnaissance d’UES	114
2 – L’exercice effectif d’activités identiques ou complémentaires	116
B – APPROCHE SPÉCIFIQUE DU CRITÈRE DE L’ACTIVITÉ	117
<i>Chapitre 2 LE CRITÈRE DE L’UNITÉ SOCIALE</i>	120
Section 1 La reconnaissance d’une communauté de travailleurs	120
§ 1 – LA CONSTITUTION D’UNE SEULE ET MÊME COMMUNAUTÉ.....	121
A – LA CONSTITUTION D’UNE COMMUNAUTÉ À PARTIR DE PERSONNELS SALARIÉS DISTINCTS	121
1 – L’unité sociale constituée par les salariés.....	121
2 – L’unité sociale constituée à partir de toutes les personnes morales.....	123
B – L’INTÉGRATION DE SOCIÉTÉS SANS PERSONNEL.....	125
1 – L’état de la jurisprudence	126
2 – La justification de la règle	128
§ 2 – LA CONSTATATION D’UNE SEULE ET MÊME COMMUNAUTÉ.....	130
A – LA CARACTÉRISATION D’UNE COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL	131
1 – la recherche d’une communauté liée par les mêmes intérêts.....	131
2 – le constat de faits réalisés	133

B – L'APPRÉCIATION SOUVERAINE DES JUGES DU FOND	134
1 – les principaux indices relevés par les juges du fond	134
2 – l'admission de différences minimales au sein de l'UES	137
Section 2 La place prépondérante donnée à deux indices	139
§ 1 – L'ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE	140
A – LES INDICES RÉCURRENTS	140
1 – L'interchangeabilité du personnel	140
2 – La gestion du personnel	142
B – LES INDICES DÉTERMINANTS	144
1 – l'interchangeabilité du personnel	144
2 – la gestion du personnel	146
§ 2 – L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE	148
A – L'INTERCHANGEABILITÉ DU PERSONNEL	148
B – LA GESTION DU PERSONNEL	151
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	154
SECONDE PARTIE LA RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE.....	156
TITRE I LES MODES DE RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	157
<i>Chapitre 1 LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE</i>	<i>159</i>
Section 1 La conclusion de l'accord de reconnaissance	159
§ 1 – LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD	160
A – LES CONDITIONS DE NÉGOCIATION DE L'ACCORD	160
1 – les parties intéressées à l'accord	161
2 – le respect des éléments constitutifs de l'UES	163
B – L'ACCORD DE CONFIGURATION	165
1 – l'approche fonctionnelle de l'UES	165
2 – l'élargissement des domaines d'application de l'UES	168
§ 2 – LA NATURE DE L'ACCORD	170
A – LE DROIT POSITIF	170
1 – La nature d'un accord préélectoral	170
2 – l'application de la règle de l'unanimité	172
B – L'IMPACT DE LA LOI DE 2008 SUR LA JURISPRUDENCE ACTUELLE	174
1 – la remise en cause de la règle de l'unanimité	174
2 – L'application envisageable du droit commun des conventions et accords collectifs	176
Section 2 La faible portée de l'accord de reconnaissance	179
§ 1 – LA FIN DE L'INITIATIVE D'UNE ORGANISATION SYNDICALE	179
A – LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE	180
B – LES IMPACTS DE LA LOI DU 20 AOÛT 2008	182
§ 2 – L'AUTORITÉ RELATIVE DE LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE	184
A – L'EXISTENCE PRÉCAIRE DE LA RECONNAISSANCE CONVENTIONNELLE	184
B – L'ACCORD DE RECONNAISSANCE LIMITÉ AUX PARTIES	186
<i>Chapitre 2 LA RECONNAISSANCE JUDICIAIRE</i>	<i>189</i>
Section 1 – La reconnaissance de l'UES par décision de justice	189
§ 1 – LA JURIDICTION COMPÉTENTE	190
A – LA DÉSIGNATION JURISPRUDENTIELLE DU TRIBUNAL D'INSTANCE	190
1 – La notion d'UES étroitement liée au contentieux électoral	190
2 – Le tribunal territorialement compétent	193
B – LA REMISE EN CAUSE DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL D'INSTANCE	194
1 – l'exercice d'une demande hors contentieux électoral	195
2 – la compétence en suspens du tribunal de grande instance	198
§ 2 – L'ACTION CONTENTIEUSE	200
A – LES PARTIES AU PROCÈS	201
1 – les demandeurs	201
2 – Les parties intéressées	203
B – LA PROCÉDURE	205

Section 2 – L'autorité relative attachée à la reconnaissance de l'UES	206
§ 1 – LE JUGEMENT	207
A – LE JUGEMENT DÉCLARATIF	207
1 – la révélation d'une situation de fait	207
2 – la date retenue de la requête introductive d'instance	209
B – L'AUTORITE RELATIVE DE CHOSE JUGÉE	210
§ 2 – L'EXÉCUTION DU JUGEMENT	212
A – LES RECOURS	213
1 – La jurisprudence antérieure	213
2 – L'arrêt Dassault	215
B – L'ÉVOLUTION DE L'UES DANS LE TEMPS	217
1 – Le réajustement de l'UES lors des élections professionnelles	218
2 – La modification de la configuration retenue	219
TITRE II LA PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE	222
<i>Chapitre 1 LA REPRÉSENTATION DU PERSONNEL</i>	223
Section 1 La mise en place des institutions représentatives du personnel	223
§ 1 – CADRE UNIQUE POUR LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL	224
A – LA FIN DE LA RELATIVITÉ DE LA NOTION D'UES	224
1 – l'ancienne relativité de la notion	224
2 – l'actuelle objectivité de la notion	227
B – LES INSTITUTIONS MISES EN PLACE	230
1 – les institutions mises en place au niveau de toute entreprise	230
2 – le CHSCT	233
§ 2 – LA MISE EN PLACE DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL AU NIVEAU DE L'UES	235
A – L'UES À ÉTABLISSEMENT UNIQUE	235
1 – le regroupement des entités pour la représentation du personnel	235
2 – la mise en place des représentants du personnel	237
B – L'UES À ÉTABLISSEMENTS MULTIPLES	239
1 – la reconfiguration de la représentation du personnel	240
2 – la mise en place de la représentation du personnel	242
Section 2 L'UES, une entreprise pour l'exercice du mandat électoral	245
§ 1 – L'ASSIMILATION DE L'UES À UNE ENTREPRISE À PART ENTIÈRE	246
A – L'EXERCICE DU MANDAT DE REPRÉSENTANT DU PERSONNEL	246
1 – l'exercice du mandat de délégués	247
2 – l'exercice du mandat de membre du comité d'entreprise	248
B – LA TRANSCENDANCE DU LIEN D'ENTREPRISE SUR LE LIEN CONTRACTUEL	251
1 – la représentation du comité d'entreprise dans les organes sociaux	251
2 – la dissociation entre le lien d'entreprise et le lien contractuel	253
§ 2 – LA PARTICULARITÉ DE L'UES ENTENDUE COMME « ENTREPRISE »	255
A – LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DES RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL À L'UES	255
B – LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE DES PERSONNES JURIDIQUES COMPOSANT L'UES	258
1 – l'interlocuteur de l'UES	259
2 – la répartition des compétences	261
<i>Chapitre 2 L'ÉMANCIPATION RELATIVE DE L'UES</i>	264
Section 1 Les relations collectives de travail	264
§ 1 – L'UTILISATION ÉPARSE DE LA NOTION D'« UES »	265
A – LA RÉGLEMENTATION DE LA MÉDECINE DU TRAVAIL	265
B – LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS DE L'ENTREPRISE	268
§ 2 – LA POSITION INCONTOURNABLE DE L'UES EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION COLLECTIVE	273
A – LA NÉGOCIATION COLLECTIVE D'ENTREPRISE	274
1 – la conclusion d'accords collectifs communs	274
2 – l'assimilation à une négociation d'entreprise	276
B – L'APPLICATION DE L'ACCORD	279
Section 2 Les relations individuelles de travail	281
§ 1 – LE STATUT D'EMPLOYEUR REFUSÉ À L'UES	282

A – LE REFUS D’ATTRIBUER LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE À L’UES.....	282
1 – la protection de la collectivité des salariés assurée par l’UES	283
2 – les conséquences	284
B – LE REFUS D’ATTRIBUER LA QUALITÉ D’EMPLOYEUR À L’UES	286
§2 – L’ABSENCE DE PERTINENCE DE L’UES COMME CADRE DES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL	289
A – LE STRICT ENCADREMENT DE L’UES COMME PÉRIMÈTRE D’APPLICATION DE RÈGLES DE DROIT	289
1 – le licenciement économique pour les salariés non protégés.....	290
2 – la réintégration d’un salarié protégé	294
B – LE REJET DE L’UES COMME PÉRIMÈTRE D’APPLICATION DE TOUTE RÈGLE DE DROIT	297
1 – l’égalité salariale.....	298
2 – la mobilité salariale.....	302
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	305
CONCLUSION GÉNÉRALE	306
BIBLIOGRAPHIE	309
I – OUVRAGES GÉNÉRAUX.....	309
II – OUVRAGES SPECIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES	310
III – ARTICLES, CHRONIQUES, MÉLANGES	311
IV – NOTES OBSERVATIONS, CONCLUSIONS	319
INDEX	325
TABLES DES MATIÈRES	331

L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

L'unité économique et sociale, communément appelée « UES » est une pure création jurisprudentielle. Elle est apparue au début des années 1970 afin de mettre fin à la fraude de certains employeurs qui entendaient scinder leur société en de petites sociétés pour éviter la mise en place des institutions représentatives du personnel. Ces petites structures étaient alors considérées par le juge comme formant une seule et même entreprise pour la représentation du personnel puisque la même personne dirigeait une communauté de travail laquelle travaillait autour de la même activité. Utilisée rapidement en dehors des seules hypothèses de fraude, l'UES s'est également émancipée du droit de la représentation salariale. Ce travail d'émancipation est essentiellement le fruit de la jurisprudence, le législateur ayant très peu légiféré sur l'UES. Les relations collectives de travail essentiellement et les relations individuelles de travail dans une moindre mesure sont ainsi devenues accessibles à l'UES. Jusqu'au début des années 2000, la doctrine était très enthousiaste sur la notion d'UES et estimait même que l'UES devait être considérée comme l'entreprise en droit du travail. Aujourd'hui, cet élan est quelque peu retombé. L'UES est constituée de plusieurs personnes juridiques, lesquelles gardent leurs caractéristiques propres malgré la reconnaissance de l'UES. L'application de l'UES dans l'ensemble des domaines du droit du travail apparaît alors aujourd'hui inenvisageable. Mais, pour autant, l'UES constitue l'un des périmètres sociaux de l'entreprise en droit du travail. Il s'agira alors de savoir quelle place doit être conférée à l'UES en droit du travail.

THE SOCIAL AND ECONOMIC UNION

The social and economic union commonly called 'SEU' is a case law creation. This union appeared at the beginning of the 1970s to end the tax evasion of some employers who wanted to divide their firms into smaller ones in order to avoid the creation of work force representative unions. These small firms were then considered as one and only firm for labour representation by the judge because the same person leads a work force which deals with the same business. Quickly used over tax evasion hypotheses, the 'SEU' also became liberated from wage policies. This liberation is mostly the work of the jurisprudence, the legislator having hardly legislated on the 'SEU'. The individual work force relations, and the collective ones in a greater part, opened to the 'SEU' that way. Until the beginning of the years 2000, the doctrine was very enthusiastic about the 'SEU', and even thought that it should be considered as the Labour law representation. Today this momentum has fallen off. The 'SEU' is made of several judicial persons who keep their own characteristics despite the 'SEU' recognition. The launching of the 'SEU' in the whole labour field seems now unconceivable, even if the 'SEU' is one of the firm's social representation in Labour laws. What we want to know is the importance that should be given to the 'SEU' in Labour laws.

Mots clés : activité – communauté de travail – employeur – entreprise – fraude – institution représentative du personnel – périmètre social – personne juridique – reconnaissance – relations collectives du travail – relations individuelles du travail – société

Thèse de droit privé – Université Rennes I – Faculté de droit et de science politique



Centre de droit des affaires, du patrimoine et de la responsabilité,
9 rue Jean Macé, 35042 Rennes Cedex